Wald. Schroeder
Diss. Breslau
1905

Über

die verbotenen Rechtsgeschäfte nach heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

eingereicht und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Waldemar Schroeder,
Referendar.

Leipzig-Reudnitz.
Buchdruckerei von August Hoffmann.
1905.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Jörs,
Korreferent: Professor Dr. Beyerle.

Leonhard, Prodekan.

MEINEN ELTERN.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0169

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 9
II. Das römische und gemeine Recht 11
III. Das heutige Recht.
1. Die Bedeutung des § 134 B. G.-B. 18
2. Die zivilrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.
A. Die Gebotsgesetze und Verbotsgesetze der Privatsrechtsordnung 26
B. Das agere in fraudem legis 39
C. Die Zivilverbote in Beziehung zum Rechtsgeschäft 43
D. Die Rechtswirkungen zivilrechtlich verbotener Rechtsgeschäfte 50
E. Die Nichtigkeit als regelmäßige Sanktion der Zivilverbote 62
3. Die öffentlichrechtlich, besonders strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte 70
Fortsetzung 76

Literaturangabe.

1. *Bähr,* Kritik in kritischer Vierteljahrsschrift, Bd. 31, S. 314 ff.
2. *Cosack,* Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1903, 4. Auflage.
3. *Crome,* System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Tübingen 1900.
4. *Dernburg,* Preußisches Privatrecht, Halle 1894, 5. Auflage.
5. *Dernburg,* Pandekten, 7. Auflage, Berlin 1902.
6. *Dernburg,* Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechtes, Halle 1902.
7. *Endemann,* Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach „gemeinem" Recht, Leipzig 1887.
8. *Endemann,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 9. Auflage, Berlin, 1903.
9. *Fischer-Henle,* Kommentar zum B. G.-B., 6. Auflage, München 1904.
10. *Gareis,* Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900.
11. *Gierke,* Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig 1889.
12. Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung eines Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1890.
13. *Glück,* Pandekten.
14. *Hellweg,* Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, im Arch. für d. zivil. Praxis, Bd. 64, S. 268 ff.
15. *Hölder,* Zum allgemeinen Teile des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, im Arch. für die zivilistische Praxis, Bd. 73.

16. *Hölder,* Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.
17. *Isay,* Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes, Jena 1899.
18. *Kohler,* Ideale im Recht, Arch. für Bürgerliches Recht, Bd. V.
19. *Kohler,* Studien über Mentalreservation und Simulation, Jahrbücher für die Dogmatis, Bd. LIV.
20. *Linckelmann,* Die Sicherungsübereignungen, Arch. für Bürgerliches Recht, Bd. VII.
21. *Planck,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1903, 3. Auflage.
22. *Rehbein,* Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1898.
23. *Savigny,* System des heutigen Römischen Rechtes. Berlin 1841.
24. *Staub,* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1900, 7. Auflage.
25. *Thon,* Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
26. *Wächter,* Pandekten, Leipzig 1880.
27. *Weber,* Systematische Darlegung der Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, Schwerin und Weimar 1805, 4. Auflage.
28. *Wendt,* Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Rechte, im Arch. für d. zivilistische Praxis, Bd. 92.
29. *Windscheid,* Pandekten, bearbeitet v. Kipp, Frankfurt a. M. 1900, 8. Auflage.
30. *Zitelmann,* Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1890, in *Becker & Fischer,* Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 9. und 10. Heft.
31. Die Materialien zum B. G.-B.
32. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

I. Einleitung.

Wenn wir definieren: ein verbotenes Rechtsgeschäft ist ein solches, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, so erkennen wir, daß die von uns aufgestellte Frage nach der Rechtswirkung verbotener Rechtsgeschäfte mit der Frage nach den zivilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze zusammenfällt. Darzustellen sind die Wechselbeziehungen zwischen Rechtsgeschäft und Verbotsgesetz. Hierbei kommen nicht allein die Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung, sondern in weitem Maße auch die Verbote der öffentlichen Rechtsordnung, besonders des Strafrechtes in Betracht.

Die Frage: was ist ein Verbotsgesetz, wie läßt es sich erkennen, ist nicht mit einem Satze zu beantworten. Es liegt nahe, zu glauben, daß ein Verbotsgesetz dort gegeben ist, wo sich das Gesetz in imperativer Form mit einem „soll nicht" „darf nicht" gegen ein Rechtsgeschäft richtet. Diese Form aber ist nicht die Regel. Sehr oft setzt sich die Rechtsordnung wie z. B. bei dem Verbot des § 138 Abs. 1, B. G. B.:

> Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

über eine jede imperative Form hinweg und stellt einfach fest, daß ein Rechtsgeschäft die gewollten Rechtswirkungen nicht oder nur in gewissem Maße hat. Damit ist aber eine äußere Trennung der Verbotsgesetze von den anderen Rechtsnormen unmöglich gemacht, denn nicht

alle Rechtsgeschäfte, welche die Rechtsordnung für nichtig erklärt, sind zugleich verboten.[1])

Nur eine Art der Verbotsgesetze ist äußerlich erkennbar: die Strafverbote. Diese setzen auf einen bestimmten Tatbestand eine Strafdrohung. Die Feststellung der übrigen Verbotsgesetze erfolgt aus ihrer Stellung in der Rechtsordnung. Für die privatrechtlichen Verbotsgesetze gilt hierbei das Folgende: die Tendenz der Privatrechtsordnung geht dahin, die Regelung der Privatrechtsverhältnisse in erster Linie dem Willen des Rechtssubjektes zu überlassen. Sie nimmt aber in so fern an der Regelung dieser Verhältnisse teil als sie

1. für die im Verkehr prägnant auftretenden Rechtsgeschäfte eine der allgemeinen Verkehrsübung entsprechende Normierung schafft. Diese Rechtsnormen sollen, den Willen der Privaten ergänzend, da in Kraft treten, wo es diese verabsäumt haben, Bestimmungen zu treffen — dispositive oder ergänzende Rechtsnormen —

als sie 2. die Willkür der Privaten begrenzt. Hier dient sie nicht der Ergänzung des Parteiwillens, sondern sie tritt ihm gegenüber. Diese Aufgabe erfüllt die Privatrechtsordnung, indem sie zwingende, durch Parteivereinbarung nicht abänderliche Rechtsnormen setzt, und zwar geschieht dies in folgender Weise: sie stellt entweder bestimmte Voraussetzungen auf und macht von deren Vorhandensein den Eintritt einer bestimmten Rechtswirkung abhängig, oder aber sie tritt dem Abschluß gewisser Rechtsgeschäfte überhaupt entgegen.

[1]) Kein Verbotsgesetz enthält z. B. die Vorschrift des § 105 Abs. 1, B. G. B.

Jenes sind die gebietenden, dies die verbietenden Rechtsnormen. Diese allgemeine, den zwingenden Charakter hervorhebende Begriffsbestimmung trifft auch für die Verbotsgesetze des öffentlichen Rechtes zu. Im übrigen aber zeigen die Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung und der öffentlichen Rechtsordnung in der Art, wie sie auf den Rechtsbestand eines Rechtsgeschäftes eingreifen, grundlegende Verschiedenheiten. Es hängt dies mit der Verschiedenheit der ihnen beigelegten Sanktionen zusammen. Bei einem jeden Rechtsgeschäft ist die Tatseite von seiner rechtlichen Seite, dem Streben nach Rechtswirkungen, zu trennen. Dadurch, daß sich die Sanktion des Zivilverbotes in erster Linie gegen das Streben nach Rechtswirkungen, die des öffentlich rechtlichen Verbotsgesetzes, besonders des Strafverbotes, aber gegen die äußere Handlung richtet, ergiebt sich schon jetzt, daß ihre Beziehungen zu dem verbotener Rechtsgeschäfte nicht die gleichen sind. Dieser Grund veranlaßt uns, beide Verbotsarten getrennt zu behandeln. Bevor wir in diese Untersuchungen eintreten, soll kurz die Stellung gekennzeichnet werden, welche das frühere Recht unserer Frage gegenüber eingenommen hat.

II. Das römische und gemeine Recht.

Wie wir aus einer Äußerung des Ulpian und des Macrobius ersehen, teilte das römische Recht die Verbotsgesetze, je nach der Folge, welche sich für ein Rechtsgeschäft an ihre Übertretung knüpfte, ein: in leges perfectae, imperfectae und minus quam perfectae.

Die fragmentarisch erhaltene Stelle Ulpians:[1]) minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra leges fecit — gibt nur die Definition der leges minus quam perfectae. Es sind solche, welche eine Rechtshandlung zwar verbieten, dieselbe aber, wenn sie trotzdem vorgenommen wird, nicht für unwirksam erklären, sondern nur mit Strafe belegen.

Über die leges imperfectae sagt Macrobius:[2]) inter leges illa imperfecta dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur. In dieser Stelle ist zwar nur die strafrechtliche Eigenart dieser leges genannt, ihren zivilrechtlichen Charakter aber erkennen wir bei einem Vergleich mit den leges minus quam perfectae: Wenn schon ein Verstoß gegen diese eine zivilrechtliche Wirkung nicht hatte, so können die leges imperfectae eine solche erst recht nicht besitzen.[3]) Diesen beiden

---

[1]) Ulp. lib. sing. reg. princ. § 2.

[2]) Kommentar zu Cicero: somnium Scipionis II, 17 § 13.

[3]) Als Beispiel einer lex imperfecta wird vielfach die lex Cincia genannt. Diese ist aber nicht bedingungslos als eine solche anzusehen. Sie hat jene Bedeutung allerdings im ius civile, welches die wider das Verbot erfolgte übermäßige Schenkung in ihrer Rechtswirksamkeit nicht beschränkte: si plus donatum est, non rescindit. Nachdem der Praetor aber die exceptio legis Cinciae gegeben und dadurch die Geltendmachung verbotswidriger Schenkungen verhindert hatte, nachdem er ferner eine condictio auf das, was über das erlaubte Maß geschenkt war, gegeben hatte, verlor die lex Cincia den Charakter einer lex imperfecta. vgl. l. 21, 1 D. si donat. 39,5: — habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquam tantum modo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc quod modum legis

Arten der Verbotsgesetze treten die leges perfectae hinzu. Im Gegensatz zu jenen erklären sie das verbotene Rechtsgeschäft für unwirksam.[1])

Nur strafrechtlich interessiert noch, daß diesen drei Gruppen von Verbotsgesetzen von einigen Schriftstellern eine vierte Gruppe: die leges plus quam perfectae hinzugefügt wurden, welche außer der Unwirksamkeit noch eine Bestrafung des Zuwiderhandelnden bewirken. Zivilrechtlich kann es jedoch eine vollkommenere lex als die lex perfecta nicht geben, daher ist diese weitere Unterscheidung abgelehnt worden.

Konnte sonach im älteren römischen Rechte dem einzelnen Verbotsgesetz die Sanktion zuerteilt werden, welche seiner Zweckbestimmung am meisten zu entsprechen schien, so erfuhr dieser Zustand durch die Kaiserkonstitution Theodosius II. aus dem Jahre 439

---

excedit, habeo contra te condictionem. Im übrigen stand die praetorische exceptio der auf Gesetzesrecht beruhenden Verbotssanktion gleich. Das ius civile war hierin vom ius honorarium so wenig zu trennen, daß der Praetor oft angewiesen wurde, ein Verbotsgesetz mit der entsprechenden Zivilwirkung, der entsprechenden exceptio, auszustatten. vgl. Endemann, Wirkungen, S. 20.

[1]) Zu den leges perfectae des römischen Rechtes sind nach Endemann, l. c. S. 13 ff, 20, und wie sich auch schon aus der Einteilung der Verbotsgesetze ergibt, sowohl diejenigen zu zählen, welche die Nichtigkeit, als auch diejenigen, welche die Anfechtbarkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes bewirken. Das römische Recht hat die Begriffe „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" nicht, wie das heutige Recht, getrennt und verschieden qualifiziert, sie auch sprachlich noch nicht streng geschieden. Daß diese sonst nicht gezogene Scheidung bei den leges perfectae Geltung haben sollte, dafür ist ein Anhalt nicht gegeben.

[nov. Theod. II, 9 ed. Haenel], welche von Justinian in der l. 5 C. de legibus aufgenommen ist, eine durchgreifende Änderung. Diese lex hatte einen doppelten Inhalt:

1. bestimmt sie, daß alle Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig sind, gleichviel, ob diese Wirkung ausdrücklich hervorgehoben ist oder nicht;
2. behandelt sie das agere in fraudem legis: ein Rechtsgeschäft widerspricht einem gesetzlichen Verbote nicht nur dann, wenn es direkt, sondern auch dann, wenn es auf Umwegen das zu erreichen sucht, wogegen das Verbot gerichtet ist.

Wenn man diese durch ihre überaus scharfe Wortfassung hervortretende Kaiserkonstitution in der Fassung betrachtet, in der sie im corpus juris Aufnahme gefunden hat, so erklärt es sich, daß anfangs die allgemeine Meinung dahin ging, daß durch sie die oben genannte Einteilung der römischen Verbotsgesetze aufgehoben und ausnahmslos alle Verbotsgesetze, auch die veteres leges, zu leges perfectae erhoben worden seien. Dieser Grundsatz hat auch im gemeinen Rechte eine weitgehende Anerkennung gefunden. Indem man davon ausging, daß die Gesetze Justinian's in complexu aufgenommen worden seien, und indem man ferner unter Ablehnung nachträglicher, gewohnheitsrechtlicher Umbildungen jene Gesetze nur in der Fassung anerkennen wollte, in der sie Justinian erlassen hat, kam insbesondere die gemeinrechtliche Praxis in Anlehnung an die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe[1]) zu dem Resultate, daß ein

---

[1]) Vgl. Ent. des R. O. H. G. Bd. 17 S. 382, Ent. des R. G. Bd. V S. 127; XVI S. 116; XVII S. 300.

jedes Verbotsgesetz des gemeinen Rechtes den Charakter einer lex perfecta habe.[1])

Dieser Auffassung ist Endemann in zweifacher Weise entgegengetreten.[2]) Im Gegensatz zu der obigen Richtung davon ausgehend, daß nicht die Gesamtheit der Justinianeischen Kompilation, sondern nur die gewohnheitsrechtlich aufgenommenen Sätze des römischen Rechtes gemeines Recht geworden sind, hat er in eingehender Darstellung nachgewiesen, daß man seit Beginn der Rezeption niemals geneigt war, der const. Theod. einen derart ausschließlichen Charakter zu geben. Die Glossatoren haben sehr bald damit begonnen, unter Mißachtung des strengen Wortlautes der const. ihren zu hoch gespannten Inhalt auf dasjenige Maß zurückzuführen, welches die ratio der geltenden Rechtsordnung zu verlangen schien, und als Ergebnis dieser Bestrebungen[3]) ist schließlich der Satz aufgestellt worden, daß die const. Theod. keineswegs eine von der Nichtigkeit abweichende Verbotssanktion ausschließe, sondern nur in Zweifelsfällen Anwendung finden wolle.[4])

Endemann hat weiterhin die const. Theod. selbst einer scharfen Kritik unterzogen. Er hat darauf hingewiesen, daß dieselbe ein Gelegenheitsgesetz ist: von Theodos erlassen, weil die Kurialen durch fraudulöse Pachtverträge das Verbot der Prokuration von Gütern

---

[1]) So Savigny, System, Band IV S. 551; Weber § 74: Glück I, § 14, S. 97 ff.

[2]) Vgl. Wirkungen S. 29 ff.

[3]) In diesem Bestreben waren die Glossatoren z. B. bei den Strafverboten soweit gegangen, daß sie denselben grundsätzlich jede zivilrechtliche Wirkung absprachen. Vgl. Endemann, l. c. S. 54, 55.

[4]) Vgl. Endemann, l. c. S. 59.

umgangen hatten, und daß der generalisierende Satz: nullum enim pactum — nur in diesem Zusammenhange zu verstehen war, bei der wenig sorgfältigen Verallgemeinerung der const. aber eine Sinnveränderung erfahren habe.[1]) Endemann hat ferner nachgewiesen, daß

[1]) Die ursprüngliche Fassung der const. ist folgende — die in den Codex nicht aufgenommenen Teile sind eingeklammert:

Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas legibus insertas evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat.

[Curiales ne ad procurationem rerum alienarum accederent cautum est providentissima sanctione, cuius in fraudem conducendi eos sibimet usurpare licentiam, sublimitatis tuae suggestione comperimus. Quos licet pristinae legis laqueis irretiri cernamus — conductionem namque speciem esse procurationis, certissimum est — attamen ne sub fraudis suae velamine legis lateant contemtores, neve iis fucata suae calliditatis excusatio relinquatur, hac perpetuo lege valitura sancimus, conducenti quoque fundos alienos licentiam curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari. Conductor itaque locatori, vel contra locator conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione.] Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est, sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

[Sed quo omnis fraudis semen per hanc legem curiali-

diese const. in ihrer verallgemeinerten Form mit dem bestehenden Rechte in Widerspruch stand, insofern als sich zweifellos gültige Verbotsgesetze, selbst im Codex, finden, die das verbotene Rechtsgeschäft als gültig bestehen lassen.[1]) Danach aber konnte ihr Inhalt überhaupt nur insoweit rechtsverbindlich sein, als dieser mit dem damals geltenden Rechte in Einklang zu bringen war.

Aus diesem Grunde gab eine zweite Richtung der const. Theod. für das gemeine Recht die Bedeutung, welche ihr schon die Glossatoren gegeben hatten: daß sie eine Auslegungsregel sei.[2])

Der Einfluß der ersten Richtung, welche sich für die absolute Gültigkeit der const. Theod. aussprach, war jedoch besonders für die Praxis bedeutend, und so herrschte zur Zeit der Kodifikation des bürgerlichen Gesetzbuches über unsere Frage Streit.

bus radicitus amputetur, nec fidem suam pro conductoribus fundorum interponere concedimus curiales. Cur enim conductio prohibetur, si conductionis periculum vel sollicitudo permittitur?] Secundum praedictam igitur regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem eiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti, [nec actionem quolibet pacto adversus eum fideiussorem competere locatori, Florenti, parens carissime atque amantissime].

[1]) Trotz der const. Theod. wurden z. B. nicht als leges perfectae angesehen:

das Verbot an die Wittwe, vor Ablauf des Trauerjahres nicht zu heiraten l. i, 2 C. de sec. nupt. 5, 9; und das Verbot an die hierfür nicht bestellten Beamten und clerici, bei der Eröffnung und Insinuation der Testamente mitzuwirken. vgl. auch Endemann, l. c. S. 31 ff.

[2]) So Dernburg, Pandekten, B. I § 31 S. 68, Windscheid § 70 S. 276, Wächter Bd. I § 20.

III. Das heutige Recht.

1. Die Bedeutung des § 134 B. G. B.

Die Streitfrage über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze hat das B. G. B. dadurch zu beseitigen gesucht, daß es in § 134 bestimmte:

> Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.

Man ging bei dem Entwurfe des B. G. B. an die Regelung dieser Frage mit der Meinung heran, daß die Nichtigkeit die regelmäßige Folge der Übertretung eines gesetzlichen Verbotes sei und legte diese Meinung im Entwurf I § 105 in folgender Weise nieder:

> Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetz sich ein Anderes ergibt.

Dieser letzte Satz sollte alle Ausnahmen umfassen, welche notwendig gemacht werden mußten. Die Motive I, 210 begründen den § 105 folgendermaßen:

> „Die Streitfrage des gemeinen Rechtes, ob, wenn „ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäftes „verbietet bzw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtig- „keit desselben auszusprechen, das dem Verbot zu- „wider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach „nichtig sei, ist von der herrschenden Meinung schon „bisher mit Recht in bejahendem Sinne entschieden „worden. (R. G. 16 S. 106; 17 S. 300.)“

Als dieser Entwurf der öffentlichen Beurteilung übergeben wurde, wandten sich Gierke[1]) und Hölder[2]) gegen

[1]) S. 168.

[2]) S. 100 ff, Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 73; vgl. auch Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen S. 178.

die Aufstellung einer solchen Vermutung überhaupt und forderten, daß es der Auslegung des einzelnen Gesetzes überlassen bleibe, ob ein verbotenes Rechtsgeschäft nichtig sei oder nicht.

Hölder glaubte ferner in dem Ausdruck „Gesetz" eine Ungenauigkeit zu finden:

„Es soll ausgedrückt werden, daß hier mit Gesetz „nicht das betreffende Verbotsgesetz gemeint sein „solle, denn sonst könnte mancher der Meinung sein, „daß dasjenige Gesetz, aus welchem ein Anderes sich „ergibt, mit dem verbietenden identisch sein müsse, „während doch keinesfalls ausgeschlossen sein dürfe, „die Gültigkeit des durch ein Gesetz verbotenen „Geschäftes aus der Analogie eines Gesetzes herzu„leiten."

Hachenburg[1]) wendet sich gegen den zu engen Umfang der ausgesprochenen Regel. Dadurch, daß die Nichtigkeit nur für diejenigen Rechtsgeschäfte ausgesprochen werde, deren Vornahme durch Gesetz verboten sei, bleibe eine Reihe von Verbotsgesetzen außer Betracht, welche sich nicht sowohl gegen die Vornahme, als gegen die Leistung aus einem vorgenommenen Rechtsgeschäfte richte. Gleichwohl müsse sich das Verbotsgesetz auch auf diese erstrecken.

Als man an die Fassung des II. Entwurfes ging, äußerte sich die Kommission gegenüber den geltend gemachten Bedenken dadurch, daß sie unserer Rechtsnorm im Entwurf II als § 130 die im § 134 B. G. B. beibehaltene Fassung gab: An Stelle des Satzes „dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist" trat der Satz „das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt". Hiermit

[1]) Gutachten aus dem Anwaltstande S. 111.

sollte ausgedrückt werden, daß auch Rechtsgeschäfte, deren Inhalt verboten ist, unter diese Bestimmung fallen.

Zu dem II. Entwurf ist ferner der Antrag gestellt worden, folgenden Zusatz zu machen:

> Einem verbotenen Rechtsgeschäft ist auch ein solches gleich zu achten, das in anderer Rechtsform den nämlichen Zweck erreichen will, dem das gesetzliche Verbot der erstgedachten Geschäfte entgegentritt.

Es sollte also das agere in fraudem legis ausdrücklich als verbotswidrig gekennzeichnet werden. Dieser Antrag ist mit der Motivierung abgelehnt worden, daß dem durch die weite Fassung des § 130 schon hinlänglich Rechnung getragen worden sei. Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft, als in fraudem legis vorgenommen, nichtig sei, hänge von der Auslegung ab.

Wir erfahren aus dieser Entstehungsgeschichte folgendes:

1. Unsere Vorschrift will die Rechtswirkung sämtlicher Verbotsgesetze einheitlich regeln. Sie bezieht sich daher auf alle Verbotsgesetze, sei es daß sie der Privatrechtsordnung, sei es daß sie der öffentlichen Rechtsordnung angehören.

2. Es bleibt gleichgültig, ob das Verbot gegen die Vornahme, die Leistung oder den Inhalt des Rechtsgeschäfts gerichtet ist.

Dies hervorzuheben ist nicht unwichtig, denn keinesfalls ist das Verbot der Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit dem Verbote seines Inhaltes zu identifizieren. — Zitelmann,[1]) der sich gleich Hachenburg gegen die ursprüngliche Fassung richtete, bezieht sich auf § 347 Entwurf I und bemängelt, daß der § 347 Verträge neben

[1]) Vgl. Rechtsgeschäfte S. 56.

einander stelle, deren „Schließung“ und solche, deren „Leistung“ verboten ist. Er hält diese „Ergänzung“ für unnötig. Er sagt mit Recht, daß, wenn das Recht eine bestimmte Leistung verbietet, so verbietet es selbstverständlich auch den Vertrag. Aber das Gegenteil ist nicht richtig, daß, wenn die „Vornahme“ eines Rechtsgeschäftes verboten ist, stets auch die „Leistung“ unter dieses Verbot fällt. Als Beispiel sei das Verbot angeführt, bestimmte Rechtsgeschäfte entgegen den Bestimmungen der §§ 41a, 146a G. O. an Sonn- und Festtagen vorzunehmen. Die Leistung aus solchen Rechtsgeschäften erscheint nicht als verbotswidrig.

Gleichwohl fallen nach der Fassung des § 134 B. G. B. auch diese Rechtsgeschäfte unter diejenigen, welche „gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen“. Nur werden sie unter die Ausnahmen zu zählen sein, welche trotz der Verbotsübertretung ihre Rechtswirksamkeit nicht verlieren.

3. Von der Regel des § 134 B. G. B. werden auch alle in fraudem legis vorgenommenen Rechtsgeschäfte getroffen.[1])

4. Der § 134 B. G. B. spricht nur von „gesetzlichen“ Verboten. Zitelmann[2]) hat sonach den Wortlaut des Gesetzes für sich, wenn er sagt, daß sich der § 134 B. G. B. nur auf gesetzliche, nicht auch auf richterliche oder vertragliche Verbote beziehe. Die Mot. I S. 212 sagen bezüglich der Veräußerungsverbote: die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverboten sei „überhaupt mehr äußerer Natur; mittelbar „beruht auch das richterliche Veräußerungsverbot auf

---

[1]) Über das agere in fraudem legis vgl. unten S. 39 ff.

[2]) Vgl. S. 57 c. 1.

Gesetz.“ Zitelmann widerspricht dem, indem er sagt: „in gleicher Weise wie die richterliche ist auch jede „Verfügung eines Einzelnen eine gesetzliche: auch sie „wirkt nur, weil der dispositive, sie sanktionierende „Rechtssatz besteht. Verbote durch Privatgeschäft „sollen aber in § 105 [Entw. I] sicher nicht getroffen „sein; demnach darf § 105 doch wohl auch auf „gerichtliche Verbote nicht bezogen werden.“ Die hier ausgesprochene Gleichstellung der richterlichen und rechtsgeschäftlichen Verbote ist u. E. nicht treffend. Es ist wohl zweifellos, daß Verbote durch Privatrechtsgeschäft nicht unter den § 134 fallen, denn dieser setzt eine verbietende Rechtsnorm voraus, und durch Rechtsgeschäft kann solches Recht nicht geschaffen werden. Anders steht es mit den richterlichen Verboten. Der Richter bleibt auf die gesetzlich normierten Fälle beschränkt; auch die Wirkung seines Verbotes ist gesetzlich festgelegt, und nur dadurch unterscheidet es sich vom gesetzlichen Verbot, daß es seine Rechtswirkungen erst mit dem Richterspruch zu äußern beginnt. Dafür aber, daß das richterliche Verbot, gleich dem gesetzlichen Verbot, Recht in objektivem Sinne schafft, spricht der § 136 B. G. B., welcher das richterliche Veräußerungsverbot dem gesetzlichen gleichstellt. Wenn man die Einteilung der Veräußerungsverbote nach ihrem öffentlichen oder nur privaten Interesse auf die richterlichen Veräußerungsverbote ausdehnt[1]) — dagegen spricht zwar der Wortlaut des § 135 B. G. B., dafür aber die innere Gleichartigkeit — so bewirken die im öffentlichen Interesse erlassenen richterlichen Veräußerungsverbote Nichtigkeit; das würde aber heißen, daß sie unter die Regel

[1]) Das tut z. B. Crome, S. 378.

des § 134 B. G. B. fallen. Im übrigen ist diese Frage nicht sowohl bei unserer Untersuchung, als vielmehr bei der Untersuchung der Veräußerungsverbote von Wichtigkeit, da die richterlichen Verbote wohl kaum einen anderen Charakter als den einer Verfügungsbeschränkung, das heißt aber eines Veräußerungsverbotes[1]) tragen werden.

5. Der Schwerpunkt des § 134 B. G. B. liegt in dem von ihm ausgesprochenen Vorbehalte: wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt. Wir wissen, daß zahlreiche verbotene Rechtsgeschäfte nicht nichtig sind. Alle diese Fälle soll jener Vorbehalt umfassen. Ob sie in demselben auch tatsächlich ihre Erklärung finden, das allerdings ist eine Frage, auf welche uns bisher eine ausreichende Antwort nicht gegeben worden ist. Der Vorbehalt ist zu allgemein gehalten, als daß man aus demselben ohne weiteres seine Bedeutung entnehmen könnte. Wir müssen etwas weiter zurückgreifen.

Diejenige Richtung des gemeinen Rechtes, welche für die absolute Geltung des const. Theod. eintrat, gipfelte in dem Satze des Reichsgerichtes,[2]) daß man „in Übereinstimmung mit dem neueren römischen Rechte" den Grundsatz anerkennen müsse, „daß die einem Ver-„botsgesetz zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte, sofern „nicht in dem betreffenden Gesetze andere Folgen der „Übertretung festgesetzt sind, nichtig sind." Die Motive halten, wie wir schon bemerkt haben,[3]) diese Ansicht des Reichsgerichtes auch für das geltende Recht für

---

[4]) Vgl. Fischer-Heule Anm. zu § 878[2]: da die Veräußerung eine Verfügung ist, so ist jedes Veräußerungsverbot zugleich eine Verfügungsbeschränkung.

[1]) Vgl. R. G. Entsch. Bd, XVI S. 106, XVII S. 300.

[2]) Vgl. oben S. 18.

zutreffend. Es wären also, da eine positive Festsetzung der „anderen“ Folgen nur durch ausdrückliche Bestimmung geschehen kann, die verbotenen Rechtsgeschäfte des heutigen Rechtes dann nichtig, wenn nicht eine andere Rechtsfolge ausdrücklich festgesetzt worden ist. Muß der vom Reichsgericht aufgestellte Satz in seiner Allgemeinheit in gleicher Weise auf privatrechtliche wie auf öffentlichrechtliche Verbotsgesetze Anwendung finden, so ist er unzutreffend. Er kann nur unter zwei Voraussetzungen richtig sein. Einmal dann, wenn ein jedes Verbotsgesetz, auch des öffentlichen Rechtes, schon seiner Natur nach die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes forderte. Viele der Älteren, besonders Glück[1]) und Weber[2]) stellen diesen absoluten Satz auf. Weber sagt:

„Wenn das Gesetz bestimmte Handlungen ver-
„bietet, dann wird eben dadurch allen die moralische
„Befugnis genommen, gegen solche Gesetze zu han-
„deln. Selbstverständlich muß daher alles, was nun
„trotzdem gegen dergleichen Gesetze unternommen
„wird, Nichtigkeit nach sich ziehen. Und dieser
„Wille der Nichtigkeit, der schon von Natur aus einer
„jeden Übertretung eines Verbotsgesetzes anhaftet, ist
„daher eigentlich nur unnötig noch durch besondere
„Gesetze ausgesprochen.“

Auf entgegengesetztem Standpunkt steht Endemann[3]), welcher sagt:

„Aus dem Verbote allein ist gar nicht zu ent-
„nehmen. Weil dies Rechtsgeschäft verboten ist, so

---

[1]) Vgl. S. 102.
[2]) Vgl. S 298, 301.
[3]) Vgl. S. 124, Wirkungen.

„ist es nichtig: das ist eine Folgerung, die nicht nur „in dieser Allgemeinheit unzutreffend, sondern auch „unlogisch ist."

Ob die Abweisung, welche Endemann hierdurch Weber erfahren läßt, in ihrem ganzen Maße, besonders was die Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung angeht, berechtigt ist, soll erst später erörtert werden. Insofern ist Endemann jedenfalls beizustimmen, daß sich aus der Natur der Verbotsgesetze keineswegs die Nichtigkeit als notwendige Verbotssanktion ergibt.[1]) Dies zeigt sich ohne weiteres bei den öffentlichrechtlichen, besonders den Strafverboten. Den Strafverboten ist eine privatrechtliche Sanktion regelmäßig nicht beigegeben. Und doch darf nicht angenommen werden, daß in allen diesen Fällen das gegen das Strafverbot vorgenommene Rechtsgeschäft »selbstverständlich« nichtig sei. Grade bei den Strafverboten tritt, wie wir sehen werden, der Fall oft ein, daß die gegen sie verstoßenden Rechtsgeschäfte gültig bleiben.[2])

Ist es aber nicht richtig, daß die Nichtigkeit aus der Natur aller Verbotsgesetze zu folgern ist, so kann jener Grundsatz nur noch dann aufrecht erhalten werden, wenn die Rechtsordnung bei der Normierung aller Verbotsgesetze darauf bedacht war, wo immer sie eine von der Nichtigkeit abweichende Sanktion erteilen wollte, diesen Willen auch ausdrücklich hervorzuheben. Das ist aber nicht geschehen. Wenn auch die neueren Gesetze ein solches Streben erkennen lassen, so sind es doch wiederum die öffentlichrechtlichen, besonders die Strafverbote, bei denen dies in keiner Weise zutrifft.

[1]) Vgl. hierüber unten S. 38 f.
[2]) Vgl. unten S. 79 ff.

Wir kommen im Hinblick darauf, daß der § 134 B. G. B. nicht nur für die Zivilverbote, sondern auch für die öffentlich rechtlichen Verbotsgesetze Geltung haben soll, zu dem Ergebnis, daß sein Vorbehalt nicht dahin verstanden werden kann, daß die „andere" Rechtswirkung im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben sein muß. Im anderen Falle müßte die Nichtigkeit, als Folge der Verbotsübertretung, eine bei weitem umfangreichere Anwendung erfahren, als es die Natur der Verbotsgesetze und der Wille der Rechtsordnung verlangte.

Danach aber bleibt nur übrig, die Zivilrechtssanktion der Verbotsgesetze aus inneren Gründen festzustellen.

Bähr[1]) läßt aus diesen Gründen den § 134 B. G. B. eine scharfe Kritik widerfahren:

„Muß sich »das Andere« ausdrücklich aus dem „Gesetze ergeben, dann ist die Vorschrift falsch. Soll „das »Andere« aus der ganzen Sachlage geschlossen „werden? dann ist die Vorschrift nichtssagend."

Inwieweit diese Kritik zutrifft, werden die folgenden Untersuchungen zeigen.

2. Die privatrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

A. Die Gebotsgesetze und Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung.

Wir trennen im Folgenden die Beurteilung der privatrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte von der Beurteilung derer, welche durch eine öffentlich rechtliche Norm verboten werden. Wir folgen hierbei der prinzipiellen Verschiedenheit beider Verbotsarten. Wenn die Rechts-

[1]) Vgl. S. 317.

ordnung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes bestraft, kann die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft privatrechtlich wirksam ist, nicht von demselben Standpunkte beantwortet werden, als wenn sich die Rechtsordnung, wie bei den Zivilverboten, in direkter Weise gegen den Rechtsbestand eines Rechtsgeschäftes richtet. Der § 134 B. G. B. hat diesen Unterschied nicht berücksichtigt. Dadurch, daß wir, ihm folgend, im Vorhergehenden beide Verbotsarten nicht auseinandergehalten haben, konnten wir zeigen, daß sich ohne eine solche Trennung eine brauchbare Rechtsregel kaum aufstellen läßt. Der § 134 B. G. B. konnte keine für beide Verbotsarten passende genauere Regel geben, weil deren zu geringe innere Übereinstimmung dies nicht zuläßt.

Bei der Untersuchung der Zivilverbote wenden wir uns zuerst der Frage zu: was ist ein Zivilverbot? Schon oben[1]) ist hervorgehoben worden, daß Gebots- wie Verbotsgesetze der Willkür der Privaten entgegentreten und dem Rechtsverkehr auch gegen den Willen der Einzelnen eine Richtung geben, welche dem Interesse der Allgemeinheit entspricht. Indem man neben diesem gemeinsamen Grundzuge in Betracht gezogen hat, daß beide Gesetzesarten ihren befehlenden Charakter keinesfalls immer zum Ausdruck bringen, daß sie uns vielmehr meistens rein formlos darüber belehren, wann eine Handlung rechtswirksam ist und wann nicht: daß also auch auf die verbietende oder gebietende Form kein besonderes Gewicht gelegt zu sein scheint, ist man mit Savigny[2]) dazu gekommen zu sagen, daß die Gebots- und Verbotsgesetze ihrer rechtlichen Natur nach

[1]) Vgl. oben S. 10.
[2]) System, S. 54, Bd. I, § 16.

nicht zu unterscheiden seien. Sie seien beide in gleicher Weise als zwingende Voraussetzungen der Rechtsgültigkeit eines Rechtsgeschäftes anzusehen und könnten höchstens rein äußerlich, aber ohne praktischen Wert, nach ihrer positiven und negativen Form auseinander gehalten werden.

Dagegen hat Thon[1]) eine Unterscheidung zwischen Gebots- und Verbotsgesetzen aufgestellt. Jedes Verbot soll nach ihm dazu dienen, „den gegenwärtigen Zustand „gegen eine unliebsame Veränderung zu schützen — „durch jedes Verbot wird mithin ein Gut geschützt". Umgekehrt wünscht die Rechtsordnung, „wenn sie „gebietet, eine Veränderung. — Das Gebot dient „mithin dazu, ein (relatives) Gut zu schaffen".

Hierin können jedoch Unterscheidungsmerkmale nicht gefunden werden. Da das Verbot den gegenwärtigen Zustand gegen eine unliebsame Veränderung schützen soll, so ist das Wucherverbot also doch wohl gegen das Überhandnehmen der Wuchergeschäfte gerichtet. Nun betrachten wir das Gebot des § 107 B. G.-B. Danach muß — abgesehen von besonderen Fällen — der Minderjährige, wenn er ein Rechtsgeschäft abschließen will, die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters beibringen. Der Zweck dieser Vorschrift ist Schutz des minder Geschäftskundigen vor Übervorteilung. Durch dieses Gebot soll also sein Gut vor unliebsamen Veränderungen geschützt werden, was nach Thon Aufgabe der Verbotsgesetze sein soll. Allerdings bewirkt dieses Gebot auch eine Veränderung, nämlich eine Veränderung der Rechtslage des Betroffenen; aber ebenso ist mit der Normierung des Wucherverbotes eine Ver-

[1]) S. 196 f.; vgl. auch S. 12 ff.

änderung eingetreten. Die von Thon aufgestellten Unterschiede scheinen danach keine durchgreifenden Gegensätze darzustellen. Es sind vielmehr Folgen, welche neben einander hergehen: beide Gesetzesarten schützen den gegenwärtigen Zustand vor Veränderungen, nämlich vor Verkehrsauswüchsen jeder Art; beide rufen auch eine Veränderung hervor, indem sie die Rechtslage der Beteiligten verändern und damit frühere Mißstände ausschließen. —

In anderer Weise unterscheidet Endemann die Gebots- und Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung. Indem er hervorhebt, daß beide Gesetzesarten der Einschränkung der Verkehrsfreiheit dienen, findet er ihren Unterschied in der zweifach verschiedenen Art, in der diese Funktion erfüllt wird[1]):

Das Gebotsgesetz „setzt zwingende Erfordernisse „und sagt: nur diejenigen Verkehrshandlungen er- „kenne ich als Rechtsgeschäfte an, welche den hier- „durch gegebenen Voraussetzungen entsprechen". —

„Auf der anderen Seite bedient sich die Rechts- „ordnung des Mittels des zivilrechtlichen Verbotes". —

Es hat danach den Anschein, als ob der Gegensatz darin gefunden werde, daß das Verbotsgesetz keine zwingenden Erfordernisse setzte, sondern in rein negativer Art feststelle, daß gewisse Rechtsgeschäfte nicht vorgenommen werden sollen. Bald darauf[2]) heißt es von den Verbotsgesetzen, daß zu ihnen alle diejenigen Bestimmungen gezählt werden, welche — „kurz den „positiven Inhalt der Rechtsordnung feststellen".

Weiter heißt es bei der Untersuchung, aus welchen

[1]) Vgl. Wirkungen, S. 75.
[2]) Vgl. a. a. O., S. 76.

Gründen die Rechtsordnung die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes anbefehlen kann[1]):

„Damit muß das Recht stets beginnen, daß es „gewisse Voraussetzungen — besonders für das „einzelne Geschäft oder allgemeine Minimalbe„dingungen — aufstellt, von deren Wahrung die „Rechtswirkung abhängt".

Diese Voraussetzungen werden „Gebots-Voraussetzungen" genannt und die sich hier ergebende Nichtigkeit als „Gebotsnichtigkeit" bezeichnet.

Linckelmann kommt hiernach, indem er sich — u. E. allerdings mit Unrecht — auf Endemann beruft, zu dem folgenden Ergebnis:[2])

Gebotsgesetze sind „diejenigen Rechtssätze, in „welchen die Anforderungen der Rechtsordnung zum „Ausdruck gelangen, in welchen die Voraussetzungen „bestimmt sind, an deren Eintritt der Erwerb oder „Verlust von Rechten sich knüpft."

Bei den Gebotgesetzen beruhe demnach der Nichteintritt der gewollten Wirkung auf der „Nichterfüllung", bei den Verbotsgesetzen auf der „Verletzung" einer gesetzlichen Vorschrift. Die Verbotsgesetze werden als solche den Gebotsgesetzen einfach gegenübergestellt.

Es werden also die Gebots- und Verbotsgesetze danach unterschieden, ob eine Rechtsnorm positiv einschreitet und sagt: wenn jemand diese oder jene Rechtswirkung erzielen will, muß er diese oder jene Erfordernisse erfüllen,[3]) oder ob eine Rechtsnorm negativ einschreitet und sagt, daß sie ein bestimmtes Begehren nicht aner-

---

[1]) Vgl. a. a. O., S. 79, 80.
[2]) Vgl. S. 217 und Anmerkung dazu
[3]) So auch Linckelmann S. 227.

kenne. Eine solche Unterscheidung aber muß abgelehnt werden, da sie in der Rechtsordnung keine Begründung findet. Die Privatrechtsordnung hat für die „gesetzlichen Verbote“ eine Reihe von Rechtsregeln aufgestellt; sie hat vor allem in § 134 B. G. B. die Rechtswirkung der „gesetzlichen Verbote“ geregelt, dann handelt sie aber auch in den §§ 309, 817, 2171 B. G. B. von gesetzlichen Verboten. Jene Unterscheidung könnte man als richtig nur dann anerkennen, wenn die Rechtsordnung sie bei der Aufstellung dieser Rechtsregeln zu Grunde gelegt hätte, wenn sich mit anderen Worten diese Bestimmungen auch wirklich nur auf Verbotsgesetze, nicht auch auf Gebotsgesetze im Sinne jener Unterscheidung bezögen. Einen derartigen materiellrechtlichen Unterschied nimmt Linckelmann allerdings an, indem er sagt, daß das Gebotsgesetz, anders als das Verbotsgesetz, mit Notwendigkeit die Nichtigkeit des widersprechenden Rechtsgeschäftes bewirke.[1]) Wäre das richtig, dann würde der § 134 B. G. B. für jene Gebotsgesetze allerdings nicht mehr anwendbar sein.

Man vergleiche jedoch den § 1303 B. G. B. Wenn man die Frage, ob ein Gebotsgesetz oder Verbotsgesetz vorliegt, danach entscheidet, ob die betreffende Rechtsnorm ein positives Erfordernis setzt, dann liegt hier ein Gebotsgesetz vor. Der § 1303 setzt für die Ehemündigkeit ein bestimmtes Alter fest. Er schreitet also in derselben Weise und mit demselben Mittel ein, wie die Vorschriften, welche die Geschäftsfähigkeit von einem bestimmten Alter abhängig machen. Gehören diese Bestimmungen wegen des in ihnen enthaltenen positiven Erfordernisses zu den Gebotsgesetzen, dann wird man

[1]) Vgl. S. 217.

dasselbe von dem § 1303 B. G. B. sagen müssen, und doch ist diese Vorschrift eine lex imperfecta.[1])

Man vergleiche ferner die Vorschrift des § 51 B. G B., nach welcher bei Auflösung eines Vereines mit der Ausantwortung des Vereinsvermögens an die Anfallsberechtigten bis zum Ablauf des Sperrjahres zu warten ist. Auch hier wird etwas Positives gefordert, und doch bewirkt auch diese Vorschrift nicht Nichtigkeit.[2])

Erwähnt sei ferner der § 43 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874, der zwar dem öffentlichen Rechte angehört, aber trotzdem hier genannt werden kann, da jene Unterscheidung ihrer Natur nach auch für das öffentliche Recht gelten müßte. Er sagt:

> Zum Betriebe eines Gewerbes bedürfen die Militärpersonen des Friedenstandes — der Erlaubnis ihrer Vorgesetzten.

Wenn man die Bestimmung über die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen wegen der dort geforderten Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, eines positiven Erfordernisses, zu den Gebotsgesetzen rechnet, dann ist der § 43 jenes Gesetzes, der ein Erfordernis gleicher Art aufstellt, auch ein Gebotsgesetz, und doch macht ein Verstoß gegen diese Vorschrift die Gewerbegeschäfte nicht zu nichtigen, welche ohne jene Erlaubnis abgeschlossen werden.

Wir werden keinen Zweifel haben, die Rechtswirkungen der genannten Bestimmungen nach dem § 134 B. G. B. zu beurteilen und demnach anzunehmen, daß jene Rechts-

---

[1]) Selbst wenn die Ehe ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden ist, tritt nur Anfechtbarkeit ein. § 1331.

[2]) Vgl. unten S. 67 ff.

geschäfte ihre Rechtswirksamkeit aus dem Vorbehalt des § 134 B. G. B. herleiten. Dann aber gehören jene Vorschriften zu den „gesetzlichen Verboten“ im Sinne der Privatrechtsordnung.

Ein Gleiches ergibt sich, wenn wir z. B. den § 795 B. G. B. in seiner Beziehung zu § 309 B. G. B. betrachten. Nach § 309 B. G. B. ist ein Vertrag, welcher gegen ein „gesetzliches Verbot“ verstößt, gültig, wenn das Verbot gehoben werden kann und der Vertrag für diesen Fall geschlossen ist. Auch hier ist es wohl nicht zweifelhaft, daß der Verkauf von Inhaberpapieren, deren Ausgabe entgegen der Bestimmung des § 795 B. G. B. erfolgt ist, nach § 309 für gültig erklärt werden muß, wenn er für den Fall nachträglicher Genehmigung abgeschlossen worden ist. Und doch müßte auch der § 795 B. G. B. im Sinne jener Unterscheidung zu den Gebotsgesetzen gerechnet werden. Denn wenn für eine gültige Ausgabe jener Papiere staatliche Genehmigung verlangt wird, so ist das ein positives Erfordernis.

Diese Beispiele zeigen zur Genüge, daß eine Unterscheidung der Gebots- und Verbotsgesetze nach dem jeweils positiven oder negativen Charakter der einzelnen Rechtsnorm rechtlich nicht begründet sein würde. Eine solche Unterscheidung ist möglich, aber sie hätte keine materiellrechtliche Bedeutung, da sie nichts enthielte, als eine Übertragung der allgemeinen Begriffe des Gebietens und Verbietens auf das Recht. Sie sagt wohl, daß die Privatrechtsordnung der Parteiwillkür in zweifacher Art entgegentreten kann, aber sie hat keine Bedeutung mehr, wenn wir diese Rechtsnormen in ihrer inneren Beziehung zu den widerstreitenden Rechtsgeschäften betrachten.

Der Unterschied zwischen privatrechtlichen Gebots-

und Verbotsgesetzen ergibt sich von selbst, wenn wir die Bestimmungen betrachten, in welchen die Privatrechtsordnung von den gesetzlichen Verboten handelt. Sowohl in § 309 in Verbindung mit §§ 307 und 308, wie auch in §§ 817 und 2171 B. G. B. spricht die Rechtsordnung von verbotenen „Leistungen". Daraus folgt von selbst, daß zu den gesetzlichen Verboten alle diejenigen Rechtsnormen zu zählen sind, welche in irgend einer Art gegen eine bestimmte Leistung oder, was dasselbe bedeutet, gegen ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Begehren gerichtet sind. Zu den Gebotsgesetzen können danach nur diejenigen Rechtsnormen gehören, welche mit dem rechtsgeschäftlichen Begehren selbst nichts zu tun haben. In einem rechtlichen Gegensatz zu diesem aber steht nur die rechtsgeschäftliche Form. Die Rechtsordnung kann sagen, daß sie ein Begehren wohl zulasse, daß sie aber verlange, daß es sich in einer bestimmten Art und Weise äußere. Soweit dies zutrifft, liegen Gebotsgesetze vor. Der Inhalt der Gebotsgesetze ist danach stets ein positiver, aber wir erkennen, daß nicht alle von der Rechtsordnung aufgestellten positiven Erfordernisse hierher gehören. Die Gebotsgesetze stellen nur diejenigen Erfordernisse fest, welche zur rechtsgültigen Vornahme einer Handlung selbst gehören, nicht auch alle diejenigen, welche erfüllt sein müssen, bevor man zur Vornahme dieser Rechtshandlungen schreiten darf. In der Festlegung von Erfordernissen der letzteren Art liegt in Wahrheit etwas Negatives: sie bilden rechtliche Hinderungsgründe für die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, nicht regeln sie die Vornahme selbst. Daher sind die Rechtsnormen, welche diese Erfordernisse festlegen, zu den Verbotsgesetzen zu rechnen.

Bei dieser Unterscheidung kommt man zu wesentlich anderen Resultaten.

Wie wir gesehen haben, bestimmen die §§ 104 ff. B. G. B., wann jemand geschäftsfähig, der § 1303 B. G. B., wann jemand heiratsfähig ist. Trotz dieser äußeren Gleichartigkeit sind die Bestimmungen der ersten Art zu den Gebotsgesetzen, der § 1303 dagegen zu den Verbotsgesetzen zu zählen. Der § 104 hindert nicht, daß für den Geschäftsunfähigen Rechtshandlungen irgend einer Art vorgenommen werden, er sagt nur, daß man sich mit seinem rechtsgeschäftlichen Begehren nicht an den Geschäftsunfähigen, sondern an dessen gesetzlichen Vertreter zu wenden habe. Der § 1303 dagegen schließt ein bestimmtes Begehren aus. Die Rechtsordnung will die Ehe unreifer Personen verhindern, daher ist es das rechtsgeschäftliche Resultat selbst, welches hier der Rechtsordnung mißfällt, also liegt ein Verbotsgesetz vor.

Gleiches ergibt sich bei dem § 795 B. G. B. Trotzdem hier für die Ausgabe der Inhaberpapiere ein gleiches Erfordernis aufgestellt wird, wie nach § 106 B. G. B. für Willenserklärungen Minderjähriger: die Genehmigung dritter, so ist doch der § 795 ein Verbotsgesetz. Hier handelt es sich um den Vertragsinhalt selbst. Den ungenehmigten Papieren selbst wird ein besonderer Rechtscharakter beigelegt: es wird ihnen die Verkehrsfähigkeit entzogen. Es ist hier also das Begehren, solche Papiere in den Verkehr zu bringen, welches der Rechtsordnung mißfällt.[1])

[1]) Mit Unrecht bezieht man sich jedoch, wenn man den § 795 als Verbotsgesetz bezeichnet, auf den Absatz 3 dieser Vorschrift, welcher lautet: Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebrachte Schuldverschreibung ist nichtig. So

Die Unterscheidung der Gebots- und Verbotsgesetze beruht demnach auf einer Trennung des rechtsgeschäftlichen Inhaltes von der rechtsgeschäftlichen Form, der letzte Ausdruck in dem hier gebrauchten weiten Sinne. Die Gebotsgesetze legen die begrifflichen Merkmale der einzelnen rechtsgeschäftlichen Typen fest, sie sagen, welche Erfordernisse eine Willensäußerung erfüllen muß, damit sie als Rechtshandlung anerkannt werde; sie zeigen kurz den Weg, auf dem ein Begehren sich Rechtswirksamkeit verschaffen kann, nicht aber treten sie diesem Begehren entgegen.[1]) Das tun die Verbotsgesetze. Diese wollen einen bestimmten materiellen Erfolg verhindern, daher wollen sie auch, daß Rechtsge-

---

z. B. Endemann, B. G. B. Bd. I S. 47 Anm. 11. Wenn man glaubt, daß die verbietende Rechtsnorm erst in diesem Absatz zum Ausdruck komme, so trifft das u. E. nicht zu. Tatsächlich hat dieser Absatz, der sich ja auf die von der Rechtsordnung geforderte Genehmigung bezieht, einen selbständigen Charakter überhaupt nicht. Er ist seinem Wesen nach ebenso unselbständig, wie die folgende Bestimmung, die sich auch sehr oft bei Verbotsgesetzen befindet: eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Ebenso wie dieser Satz nur ausdrücklich hervorhebt, daß eine zwingende, durch Parteivereinbarung nicht abänderliche Rechtsnorm vorliegt, so nennt auch jener Absatz nur ausdrücklich noch die Rechtsfolgen, welche die Nichtbeachtung des im Absatz 1 enthaltenen Verbotes nach sich zieht. Auch ohne ihn aber würde die Zweckbestimmung des § 795 ergeben, daß ein Verbotsgesetz vorliegt.

[1]) In diesem Sinne ist u. E. auch die von Endemann gegebene Begriffsbestimmung zu verstehen; vgl. auch noch S. 91, Wirkungen; dementsprechend auch im B. G. B. Bd. I S. 41:

„Gebotsgesetze sind diejenigen, welche die Tatbe-
„standsmerkmale festlegen, von deren Erfüllung die be-
„gehrte Rechtsfolge oder die Wirksamkeit eines Rechtsge-
„schäftes abhängt".

schäfte, welche einem solchen verbotenen Erfolg zustreben, gar nicht erst vorgenommen werden.[1])

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich zugleich ihre materiellrechtliche Bedeutung. Die Rechtshandlungen, welche den gesetzlichen Geboten nicht entsprechen, sind in ihrer Entstehung unfertige Rechtsakte. Sie sind rechtlich nicht zur Entstehung gelangt, daher können sie auch die begehrte Rechtswirkung nicht haben. Regelmäßig wird also die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes sich ergeben.[2]) Es kommt jedoch auf den Inhalt des einzelnen Gebotsgesetzes an. Der § 1435 B. G. B. bestimmt z. B., daß ein Ehevertrag, durch welchen die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes ausgeschlossen werden soll, zur Wirksamkeit gegenüber gut-

[1]) Natürlich schließen auch die Gebotsgesetze ein bestimmtes Bestreben aus. Indem sie für gewisse Rechtshandlungen zwingende Formenvorschriften geben, verhindern sie eine formlose Vornahme derselben. In jeder zwingenden Rechtsnorm liegt naturgemäß der Ausschluß der Zuwiderhandlung. Wenn der § 925 B. G. B. für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken die Auflassung forderte, so wird dadurch der Eigentumserwerb durch Traditio oder bloßen Vertrag verhindert. Es handelt sich hier jedoch nicht um den Ausschluß eines rechtsgeschäftlichen Inhaltes, sondern um den Ausschluß einer von der Rechtsordnung nicht anerkannten Äußerungsform. Wird eine solche angewendet, dann ist rechtlich nichts geschehen, ein Rechtsgeschäft liegt nicht vor. Daher ist es auch zutreffend, wenn Endemann sagt:

„Zivilrechtliche Verbotsgesetze dienen dagegen dem „Zwecke, die Vornahme unerlaubter etc. Handlungen ab„zuwehren oder bestimmte Rechtsgeschäfte zu verhindern.“ vgl. B. G. B. Bd. I S. 41.

[2]) Endemann, B. G. B. a. a. O., hebt hervor, daß das begehrte Rechtsgeschäft trotz Nichtigkeit in anderer Gestalt seine Wirksamkeit üben kann, z. B. der nichtige Wechsel als Schuldverschreibung; vgl. auch Wirkungen S. 79.

gläubigen Dritten der Eintragung in das Güterrechtsregister bedarf. Geschieht dies nicht, so bleibt er für die Kontrahenten trotzdem gültig, sofern er nur gemäß § 1434 B. G. B. vor Gericht oder vor einem Notar erklärt worden ist. Nicht anerkannt bleibt also immer dasjenige Begehren, für welches das Gebot gesetzt ist. Hieraus ergibt sich die Nichtanwendbarkeit des § 134 B. G. B. und aus denselben Gründen auch die Nichtanwendbarkeit der schon genannten §§ 309, 817, 2171 B. G. B.: rechtlich ist nichts vorgenommen, daher kann auch der Leistung aus solchen Handlungen kein rechtlicher Charakter im Sinne jener Vorschriften beigelegt werden.

Die Wirksamkeit der Verbotsgesetze setzt erst ein, wenn ein Rechtsgeschäft vorliegt, welches den Geboten der Rechtsordnung entspricht. Hier handelt es sich also um Willenserklärungen, welche als solche von der Rechtsordnung anerkannt werden müssen. Hier ist rechtlich etwas vorgenommen worden, und daraus erklärt sich erst, weshalb die Rechtsordnung der Leistung aus verbotenen Rechtsgeschäften, anders als der Leistung aus rechtlich nicht existent gewordenen Handlungen, jenen besonderen Rechtscharakter geben konnte. Aus den gleichen Gründen folgt auch, daß bei einer Übertretung der Verbotsgesetze, anders als bei den Gebotsgesetzen, der widersprechende Rechtsakt nicht mit begrifflicher Notwendigkeit rechtsunwirksam zu sein braucht. Die Willensäußerung trägt hier nicht schon in sich selbst die Gründe ihrer Unwirksamkeit. Sie ist, für sich betrachtet, vollkommen und im stande, Rechtswirkungen zu äußern. Sollen ihr diese Rechtswirkungen entzogen werden, so bedarf es eines besonderen Eingriffes, des Verbotsgesetzes, und bei diesem Eingriff

bleibt der Privatrechtsordnung die Wahl, jenes Begehren ganz oder nur zum Teil abzuweisen. Die Einteilung der zwingenden Rechtsnormen in leges perfectae, minus quam perfectae und imperfectae gilt also in vollem Maße nur für die Verbotsgesetze [1]).

Noch eins läßt diese Unterscheidung der zwingenden Rechtsnormen erkennen, nämlich daß sie über die Grenzen der Privatrechtsordnung hinaus keine Bedeutung mehr haben kann. Nur die Privatrechtsordnung sagt, wie eine Rechtshandlung vorgenommen werden muß, damit sie Rechtserfolg haben kann. Tritt die öffentliche Rechtsordnung in Beziehung zu einem Rechtsgeschäft, so sagt sie nur, wann ein Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden darf. Alle öffentlichrechtliche Normen, soweit sie sich auf ein privatrechtliches Handeln erstrecken, sind daher Verbotsgesetze.

B. Das agere in fraudem legis.

In einer besonderen Beziehung zu den Verbotsgesetzen stehen die sogenannten Umgehungsgeschäfte.

Eine Begriffsbestimmung dieser Umgehungsgeschäfte giebt, wie wir schon erwähnt haben, Theodosius in seiner const.:

> Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas legibus insertas evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praevogativa verborum fraudulenter excusat.

Umgehungsgeschäfte sind also diejenigen, welche, ohne den ausdrücklichen Wortlaut eines Verbotsgesetzes

[1]) Vgl. auch Endemann, Wirkungen, S. 90, 91.

zu verletzen, das heißt in einer an sich erlaubten Rechtsform, einen verbotenen Erfolg zu erreichen suchen.

Hierbei ist das Folgende zu beachten. Ähnlich, wie wir bei der Unterscheidung der Verbots- und Gebotsgesetze Inhalt und Form der Rechtsgeschäfte getrennt haben, müssen wir hier den Inhalt des Rechtsgeschäftes nach seiner juristischen und wirtschaftlichen Seite auseinanderhalten, wir müssen mit anderen Worten das wirtschaftliche Zweckbestreben von der Rechtsform trennen, in der es seine rechtliche Anerkennung sucht. Letzteres, das juristische Zweckbestreben, nimmt in den Fällen einen selbständigen Charakter an, in welchen dem wirtschaftlichen Zweckbestreben zu seiner Realisierung mehrere Rechtsformen zu Gebote stehen. Wenn jemand einen Gegenstand zuwenden will, so ist es wirtschaftlich so gut wie gleich, ob der Gegenstand dem dritten geschenkt oder um einen Minimalpreis, nummo uno, verkauft wird. Die Rechtsstellung der Parteien ändert sich jedoch mit der jeweils gewählten Rechtsform. Die Parteien können sich daher aus guten Gründen veranlaßt sehen, im einzelnen Falle die eine Rechtsform zu wählen und die andere zu meiden.

Es ist nun möglich, daß die Rechtsordnung mit einem Verbotsgesetz sich nur gegen gewisse ihr mißfallende Rechtsformen wendet, ohne ein bestimmtes wirtschaftliches Bestreben treffen zu wollen, und ohne daher zu verhindern, daß dieses Bestreben in einer anderen Rechtsform verwirklicht wird.

Ein Beispiel hierfür bietet der § 1059 B. G. B. Derselbe verbietet im Satz 1:

Der Nießbrauch ist nicht übertragbar.

und fügt diesem Verbot im Satz 2 hinzu:

Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden.

Hier ist es also nur verboten, das Nießbrauchsrecht selbst zu übertragen; es bleibt dem Nießbraucher aber unbenommen, das wirtschaftliche Resultat dieser Übertragung — die Nutzung des Nießbrauchsrechtes durch einen Dritten — in anderer Rechtsform z. B. durch Verpachtung zu verwirklichen. In allen diesen Fällen, in welchen die Rechtsordnung nur eine bestimmte Rechtsform ausschließen will, ist eine Umgehung nicht möglich. Das hier getroffene juristische Zweckbestreben kann sich nur dadurch betätigen, daß es die verbotene Rechtsform wählt; es kann nur in dieser Rechtsform seinen Ausdruck finden.

Regelmäßig allerdings wird ein Verbotsgesetz nicht eine solche Rechtsform ausschließen, sondern gegen ein bestimmtes wirtschaftliches Zweckbestreben gerichtet sein. Auch hier aber ist eine Umgehung nur dann möglich, wenn das Verbotsgesetz seinem Wortlaut nach sich gegen eine bestimmte Rechtsform wendet. Geschieht dies nicht, wendet sich das Verbotsgesetz vielmehr direkt gegen das bestimmte wirtschaftliche Resultat selbst, so z. B. das Verbot Wuchergeschäfte zu treiben, so fehlt es an der verbotenen Rechtsform, die umgangen werden könnte. Dann ist also auch hier eine Umgehung nicht möglich. Verbietet das Verbotsgesetz in diesem Falle eine bestimmte Rechtsform, so geht hier die Zweckbestimmung des Verbotsgesetzes über seinen Wortlaut hinaus. Die verbotene Rechtsform ist hier nur deshalb genannt, weil mit deren Hülfe der verbotene wirtschaftliche Erfolg regelmäßig erstrebt wird. Objekt der verbietenden Rechtsform ist aber nicht diese Rechtsform, sondern das in ihm enthaltene Zweckbe-

streben. Daher erleiden in diesem Falle diejenigen Rechtsgeschäfte, welche in der verbietenden Rechtsform keine Erwähnung gefunden haben, um des verbotenen Zweckes willen dasselbe Schicksal, wie das ausdrücklich verbotene Rechtsgeschäft. Es kann demnach von Umgehungsgeschäften nur dort gesprochen werden, wo die folgenden zwei Voraussetzungen gegeben sind: das Verbot einer bestimmten Rechtsform, die zu umgehen wäre, und das Verbot eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckbestrebens, weswegen der Umweg zu machen wäre.[1])

Unter Festlegung des Begriffs der Umgehungsgeschäfte haben die Römer das agere in fraudem legis vom agere contra legem ausdrücklich geschieden. Der Grund hierfür lag im Aktionensystem des klassischen römischen Rechtes, nach welchem alles darauf ankam, ob der Kläger sein Klagebegehren unter eine der gegebenen Klageformeln zu bringen wußte, und welches es daher auch mit sich brachte, daß sich die Verbotsgesetze in erster Linie gegen die Zuteilung einer solchen legis actio wendeten. Damit war aber dem Sinn der verbietenden Rechtsform sehr oft nicht genügt. Wenn das Verbotsgesetz die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis sich ergebende actio versagte, so blieb an und für sich jede andere actio noch gegeben, wenn es auch in dem Sinn des Verbotsgesetzes lag, auch diese anderen Aktionen, sobald sie demselben Zwecke dienen sollten, auszuschließen. In diesen Fällen verlangte es der Formalismus jenes Rechtes, daß der unzutreffende Wortlaut des Verbotsgesetzes durch die ausdrückliche Gleichstellung des agere in fraudem legis und des agere contra legem

---

[1]) Vgl. auch Kohler, Studien, S. 151 ff.; Hellweg S. 369 ff.; Dernburg, B. G. B. Bd. I. S. 55.

ergänzt wurde. Hierdurch erst wurde die Rechtswirkung der Verbote in den Fällen sicher gestellt, in welchen Wortlaut und Zweckbestimmung auseinander gingen. Heute entspricht es der Tendenz der Rechtsordnung, den Wortlaut hinter die Zweckbestimmung zurückzustellen. Daher wird man es nicht mehr für richtig halten dürfen, wenn eine solche Gegenüberstellung heute noch erfolgte. Ein rechtlicher Unterschied besteht nicht. Die Rechtsgeschäfte in fraudem legis verstoßen nicht anders gegen die Verbotsgesetze, als die Rechtsgeschäfte contra legem. Das agere in fraudem legis geht in dem agere contra legem auf. Daher hat das bürgerliche Gesetzbuch auch mit Recht eine besondere Erwähnung desselben unterlassen [1]).

Die Frage, ob Umgehungsgeschäfte auch bei Gebotsgesetzen vorkommen, ist bestritten [2]); die vorangegangene Untersuchungen führen dahin, sie zu verneinen. Es fehlt sowohl an dem Verbot eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckbestrebens, als auch an dem Verbot einer bestimmten Rechtsform.

C. Die Zivilverbote in ihrer Beziehung zum Rechtsgeschäft.

Ein den Verbotsgesetzen eigentümliches Merkmal ist bisher nur angedeutet, nicht jedoch ausdrücklich hervorgehoben worden. Wenn die Privatrechtsordnung Wuchergeschäfte verbietet, so will sie nicht nur, daß solche Rechtsgeschäfte keine Rechtswirkung haben, sondern sie will auch, daß solche Geschäfte tatsächlich nicht

[1]) I. vgl. oben S. 20.

[2]) Dafür Dernburg, Pandekten, S. 67 Anm. 15; dagegen Endemann B. G. B. S. 48 und Linckelmann S. 217 vgl. auch S. 218 ff.

vorgenommen werden. Diese auch den rechtlich unwirksamen, äußeren Vorgang umfassende Funktion der Verbotsgesetze hat Endemann mit Recht hervorgehoben.[1]) Er sieht in den Verbotsgesetzen der Privatrechtsordnung zugleich ein strafrechtliches Moment enthalten. Dies darf nicht dazu führen, die Zivilverbote zu einer Abart der Strafverbote zu stempeln, denn das charakteristische Merkmal der Strafverbote liegt nicht in dieser Funktion, sondern in der Art, wie sie auf den Ungehorsam reagieren: in der Strafdrohung. Bei der Betrachtung ihrer Sanktionen aber zeigt sich die grundsätzliche Verschiedenheit der Strafverbote und Zivilverbote.

Die in dem Strafverbote enthaltenen zwei Elemente, die verbietende Norm und die auf deren Übertretung gesetzte Strafe, decken sich ihrer Bestimmung nach so vollkommen, wie es die beiden Elemente des Zivilverbotes nicht tun. Gleich der verbietenden Norm dient die Strafdrohung, als solche, nur dem Zweck, gewisse Tatbestände, gewisse äußere Vorgänge zu verhindern. Sie wirkt von dem Augenblick an, in dem eine Handlung vollendet ist, und diese straft sie um ihrer selbst willen, gleichgültig, ob sie rechtliche Anerkennung begehrt oder nicht. Grade hierin liegt der Unterschied der Strafsanktion von der Zivilsanktion. Zwar ist auch in dem Zivilverbot die gegen die äußere Handlung gerichtete Norm enthalten, aber die Privatrechtsordnung besitzt keine der Strafdrohung gleiche Sanktion, mit der sie sich gegen die widerstrebende äußere Handlung wenden könnte. Die Privatrechtsordnung verbietet wohl das Wuchern, wenn aber trotzdem jemand einen Wucherlohn verlangt und empfängt, so vermag sie dagegen

[1]) Vgl. Wirkungen S. 82.

nichts zu tun. Die gegen die äußere Handlung gerichtete Norm ist sanktionslos, und erst dann beginnt die Macht der Privatrechtsordnung, wenn eine von ihr verbotene Handlung privatrechtlichen Schutz verlangt. Die Strafrechtsordnung sagt: wenn du wucherst, strafe ich dich, die Privatrechtsordnung aber sagt: wenn du wucherst, dann versage ich deiner Tat meine Anerkennung. Während also bei dem Strafverbot verbietende Norm und Strafdrohung in kongruentem Bestreben gegen die äußere Handlung gerichtet sind, vereinigt das Zivilverbot zwei Funktionen in sich, die sich keinesfalls decken: Es verbietet einmal, gleich dem Strafverbot, das Rechtsgeschäft in seiner äußeren Erscheinung, es wendet sich aber zum anderen auch gegen dessen zivilrechtliche Bedeutung. Indem das Zivilverbot die zweite Funktion erfüllt, geht es über die Tätigkeit eines Verbotes im eigentlichen Sinne hinaus. Ein Verbot im eigentlichen Sinne äußert wohl den Willen, daß eine Handlung unterbleibe, beeinflußt jedoch nicht die Möglichkeit der Zuwiderhandlung. Die sichere Garantie aber, daß eine Handlung unterbleibt, hat man nicht dann, wenn man sie „verbietet", sondern erst dann, wenn man sie unmöglich macht. Allerdings ist man dazu nicht immer imstande. Dort, wo es sich um Handlungen und Veränderungen in der Außenwelt handelt, entscheidet im letzten Grunde der freie Wille des Menschen. Die Rechtsordnung kann den Mord, den Diebstahl nicht unmöglich machen, denn sie kann nicht alle Menschen zwingen, das Gleiche zu wollen. Soweit solche äußere Handlungen in Frage kommen, muß man sich damit begnügen, dem widerstrebenden Willen des Einzelnen mit einem „du sollst nicht" entgegenzutreten. In dieser Lage befindet sich die Strafrechtsordnung. Da sie das

Unrecht nicht verhindern kann, muß sie sich damit begnügen, es zu verbieten und ihre Verbote mit einer Strafdrohung zu verstärken. Besser dagegen ist die Privatrechtsordnung gestellt. Allerdings kann auch sie nicht verhindern, daß die Privaten ihre wirtschaftliche Lage nach freiem Belieben gestalten, und daher muß auch sie sich, soweit es sich hierum handelt, auf ein „du sollst nicht" beschränken. Aber für diese Handlungen erstreben die Privaten zugleich die rechtliche Anerkennung. Versagt ihnen die Privatrechtsordnung diese, so können ihre Handlungen die erstrebten Rechtswirkungen nicht erreichen. In soweit also, als es sich um die beabsichtigten Rechtswirkungen handelt, braucht sich die Privatrechtsordnung nicht mit einem „du sollst nicht" zu begnügen, sondern sie kann dem Willen der Privaten mit einem „du kannst nicht" entgegentreten. In dieser gegen die juristische Möglichkeit gerichteten Funktion liegt die Eigentümlichkeit der Zivilverbote. Hieraus ist es zu erklären, daß die Vorschriften der §§ 307, 308 B. G.-B., welche von den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Verträgen handeln, auf die auf eine verbotene Leistung gerichteter Verträge Anwendung finden. Hierin ist auch der Grund zu finden, weshalb die Privatrechtsordnung bei der Normierung ihrer Verbotsgesetze weniger auf eine imperative Form achtet, sondern einfach feststellt, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft Rechtsfolgen nicht haben kann [1]). Die Ent-

[1]) Endemann sagt: „Befehlend soll die Form der Gesetze, zumal der Verbotsgesetze sein" — vgl. Wirkungen S. 127, U. E. ist hierbei auf die Natur der Zivilverbote zu wenig Rücksicht genommen. Den Zivilverboten kommt der Name einer „verbietenden" Rechtsnorm nur insoweit zu, als sie sich gegen die äußeren Handlungen wenden. —

scheidung hierüber aber liegt in der Sanktion, nicht in der gegen die äußere Handlung gerichteten Verbotsnorm der Zivilverbote. Nicht diese, auch wenn ihr die stärkste Strafdrohung zur Seite stände, sondern allein jene Sanktion ist im stande, auf die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes Einfluß zu üben.

Wenn wir uns nun der weiteren Frage zuwenden: welche zivilrechtliche Wirkungen haben die Zivilverbote; welche Folgen hat es für ein Rechtsgeschäft, wenn es einem Zivilverbot entgegen handelt? so müssen wir darauf zurückgehen, daß die Privatrechtsordnung nicht gezwungen ist, die verbotenen Rechtsgeschäfte gleichmäßig für nichtig zu erklären. Und in der Tat beschränkt die Privatrechtsordnung die Sanktion ihrer Verbotsgesetze in vielen Fällen, zum Teil läßt sie die Rechtswirksamkeit verbotener Rechtsgeschäfte sogar uneingeschränkt bestehen. Die Frage, wann einem Zivilverbot diese oder jene Wirkung zuerkannt wird, wird von der herrschenden Meinung in Anlehnung an Endemann [1]) dahin entschieden, daß sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen lasse, daß vielmehr in allen Fällen, in welchen eine ausdrückliche Sanktion nicht gegeben ist, auf Grund und Zweck des einzelnen Verbotsgesetzes zurückgegangen, und so dessen Wirkung festgestellt werden müsse. Diese Ansicht, welche in gleicher Weise für die Verbotsgesetze der privaten und der öffentlichen Rechtsordnung gelten soll, nimmt u. E. zu wenig Rücksicht auf die Eigenart der Zivilverbote. Es steht der Privatrechtordnung frei, den Privaten, soweit sie für ihre verbotswidrigen Handlungen die Anerkennung der Privatrechtsordnung erstreben, ein „du kannst nicht“

---

[1]) Vgl. Wirkungen, S. 123, 124

entgegenzustellen. Und wenn wir zugeben, daß es die Aufgabe der Privatrechtsordnung sein muß, das Unrecht wenigstens rechtlich unmöglich zu machen, so können wir auch nur eine Sanktion als die natürliche anerkennen: die Sanktion der Nichtigkeit. — Man kann nicht sagen, daß ebenso wie das Strafrecht die Strafe nach der Größe des zu strafenden Unrechts bemesse, so auch die Privatrechtsordnung die weniger mißfallenden Rechtsgeschäfte eine weniger harte Abweisung erfahren lassen müsse. Das Strafrecht kann das Unrecht nicht aus der Welt schaffen. Wenn es aber dazu im stande wäre, dürfte es dem Morde gegenüber dieses erlösende Mittel gebrauchen und es dem Mundraub gegenüber zum Besten geringerer Mittel außer Anwendung lassen? De lege ferenda muß vielmehr alles Unrecht nach Möglichkeit unmöglich gemacht werden, und erst, wenn dies aus irgend einem Grunde nicht geschehen kann, wird es die Aufgabe der Rechtsordnung sein, vom Standpunkte der ausgleichenden Gerechtigkeit das eine Unrecht schwerer, das andere weniger schwer zu treffen. Endemann sagt[1]), man müsse erst untersuchen, ob eine Rechtsordnung

„derart gegen die Grundlagen der bürgerlichen Rechts-
„ordnung verstößt, daß sie als ausgeschlossen und
„darum als rechtsunwirksam anzusehen ist".

Uns genügt vielmehr festgestellt zu haben, daß ein Rechtsgeschäft der Privatrechtsordnung mißfällt, daß es von ihr verboten ist, und dann wird und muß es auch der regelmäßige Wille der Privatrechtsordnung sein, diesem Rechtsgeschäfte seine Rechtswirkungen zu nehmen.

---

[1]) Vgl. Wirkungen, S. 124.

Ebenso wenig können wir es daher für zutreffend halten, wenn Endemann an derselben Stelle sagt:

„Entscheidend ist die strenge Betonung des Grund-
„satzes: aus dem Verbot allein ist gar nichts zu ent-
„nehmen. Weil dies Rechtsgeschäft verboten ist, so
„ist es nichtig: das ist eine Folgerung die nicht nur
„in dieser Allgemeinheit unzutreffend, sondern auch
„unlogisch ist. Aus dem Verbot kann nur geschlossen
„werden, daß eine unerlaubte Handlung vorliegt".

Für die Strafverbote trifft das wohl zu. Denn hier ist aus der verbietenden Norm allein noch nicht zu entnehmen, mit welcher Strafe die Rechtsordnung auf den Ungehorsam reagieren will. Hier bedarf es einer zweiten, völlig selbständigen Entschließung; denn die Strafe ist in jedem Falle nach der Schwere des begangenen Unrechts abzumessen. So viel aber läßt sich aus einem jeden Verbotsgesetz entnehmen, daß das verbotene Rechtsgeschäft der Rechtsordnung mißfällt, und das muß für die Zivilverbote ausreichend sein, um jene Rechtsgeschäfte aus dem Rechtsverkehr auszuschließen. Wir kommen sonach zu dem Resultate, daß sich für die Zivilverbote sehr wohl eine allgemeine Regel aufstellen läßt, nämlich die, daß sie regelmäßig und ihrer Natur nach die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes erstreben. Hieran aber ist noch eine zweite Frage zu knüpfen. Wir wissen, daß es Ausnahmen von dieser Regel gibt, wir wissen auch, daß die Privatrechtsordnung ihren Verbotsgesetzen nicht immer eine ausdrückliche Sanktion zuerteilt. Die Frage ist nun die: wie sind die Zivilverbote, welche keine ausdrückliche Sanktion erhalten haben, zu behandeln? — Zu beachten ist, daß die von der Nichtigkeit abweichenden Zivilsanktionen Ausnahmesanktionen sind.

Man wird verlangen müssen, daß die Privatrechtsordnung einen solchen Ausnahmewillen zum Ausdrucke bringt. Tut sie das nicht, dann ist aus der Natur des Zivilverbotes zu schließen, daß die Nichtigkeit die Folge seiner Übertretung sein soll. — Bevor wir diese Frage jedoch endgültig beantworten, die den Kernpunkt unserer Untersuchungen bildet, soll im Folgenden die Verschiedenheit der zivilrechlichen Sanktionen nach ihrem Grunde und Zwecke Erörterung finden.

D. Die Rechtswirkungen zivilrechtlich verbotener Rechtsgeschäfte.

I. Dafür, daß die Nichtigkeit die regelmäßige Folge der Übertretung eines Zivilverbotes ist, bedarf es seines weiteren Beweises. Die Privatrechtsordnung hat das Mittel in der Hand, einem ihr nicht genehmen Rechtsgeschäfte die Rechtswirksamkeit zu versagen, und es ist selbstverständlich, daß sie sich dieses Mittels regelmäßig, das heißt, wenn nicht besondere Umstände sie daran verhindern, bedient. Dieser Satz aber findet seine natürliche Bestätigung in dem Umstande, daß die leges perfectae die denkbar verschiedenste Anwendung erfahren. Erwähnt seien hier einmal die Verbotsgesetze, welche die Ausbeutung der wirtschaftlich Schwächeren durch die wirtschaftlich Stärkeren verhindern sollen, so die §§ 138 Abs. 2, 247 Abs. 1, 248, 1229, 1614 Abs. 1, 1714 Abs. 2 B. G. B., §§ 63 Abs. 2, 64, 67, 471 H. G. B.

Ferner diejenigen, welche den Schutz der Persönlichkeit bezwecken, so die §§ 310, 312, 619, 749, 1297, 2302 B. G. B. §74 H. G. B.

Ferner diejenigen, welche sich gegen die Unredlich-

keit des Verkehrs wenden, so die §§ 276 Abs. 2, 419 Abs. 3, 443, 476, 540, 637, 795, 2382 Abs. 2 B. G. B. § 181 K. O.

Ferner diejenigen, welche die Sicherheit des Rechtsverkehrs nach Möglichkeit erreichen wollen, so die §§ 225, 925 Abs. 2, 1724, 1742, 1947, 2263 B. G. B.

Eine Gruppe von Verbotsgesetzen dient dazu, in gewisser Weise den Rechtscharakter einzelner Rechtsinstitute hervorzuheben, so die §§ 1095, 1106, 1110, 1111, 1114, 1153 Abs. 2, 1250 Abs. 1, 1274 Abs. 2 B. G. B.

Eine besondere Gruppe bilden die absoluten, das heißt die im öffentlichen Interesse erlassenen Veräußerungsverbote, so die §§ 400, 514, 717, 1059, 1092, 1408, 1658 B. G. B.

Besonders zu erwähnen ist das Verbot unsittlicher Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 B. G. B.

Ein gemeinsames Moment läßt sich bei den leges perfectae erkennen. Dieselben sind stets gegen solche Rechtsgeschäfte gerichtet, deren Verbot im öffentlichen Interesse liegt. Auch hieraus ergibt sich, daß diese Verbote die Regel sein müssen, denn die Rechtsordnung wird sich nur in Ausnahmefällen dazu verstehen können, Einzelinteressen zu schützen. —

II. Wenn wir von den leges imperfectae absehen, lassen sich überhaupt nur zwei große Gruppen von verbotenen Rechtsgeschäften unterscheiden, bei denen sich die Privatrechtsordnung mit einer geringeren Sanktion als der der Nichtigkeit begnügt.

Hierher gehört einmal die Gruppe derjenigen Rechtsgeschäfte, welche die Privatrechtsordnung nur in Rücksicht auf Privatinteressen gemißbilligt hat. Es entsteht hierbei die Frage, inwieweit überhaupt von einem Einzelinteresse gegenüber dem allgemeinen Interesse ge-

sprochen werden kann. An jedem verbotenen Rechtsgeschäft ist auch das allgemeine Interesse beteiligt: die Allgemeinheit ist es ja, welche durch das Verbot eines Rechtsgeschäftes in legaler Form auspricht, daß ihr dasselbe mißfällt. Andererseits ist auch bei einem jeden verbotenen Rechtsgeschäfte ein Einzelinteresse vorhanden, insofern als die Kontrahenten an dessen Rechtswirkungen beteiligt sind. Dieses Interesse braucht und wird auch in der Regel nicht bei allen Beteiligten das gleiche sein. Der Betrüger ist dafür, daß das Betrugsgeschäft gelte, der Betrogene wird regelmäßig dafür sein, daß es unwirksam sei. Für unsere Untersuchung aber kommt nicht dasjenige Interesse, welches die Kontrahenten an dem Gültigbleiben, sondern dasjenige, welches jemand an dem Nichtgültigbleiben eines Rechtsgeschäftes hat, als ausschlaggebend in Betracht. Und dieses Interesse kann wohl, aber es braucht nicht mit dem Interesse der Kontrahenten identisch zu sein, z. B. ist bei allen privaten Veräußerungsverboten derjenige, zu dessen Schutz es erlassen worden ist, ein dritter. Diese Tatsache aber findet sich, wie wir sehen werden, in allen Fällen wieder, in denen die Privatrechtsordnung ein Verbotsgesetz im Einzelinteresse erläßt.

Die Privatrechtsordnung wird ein Rechtsgeschäft nur dann im Einzelinteresse verbieten, wenn dieses Einzelinteresse der Allgemeinheit schutzbedürftig erscheint. Soweit nun dieses allein die Ursache für das Einschreiten der Privatrechtsordnung bildet, wird man berechtigt sein zu sagen, daß ein im Einzelinteresse erlassenes Verbotsgesetz vorliegt. Wo aber, abgesehen von dem Interesse des Einzelnen, das betreffende Rechtsgeschäft noch weitere, die Allgemeinheit unmittelbar berührende, mißfällige Eigenschaften hat, dort tritt das Interesse,

welches die Allgemeinheit an dem Unterlassen solcher Rechtsgeschäfte hat, ursprünglich hervor, und hier erscheint dann das Rechtsgeschäft als aus öffentlichem Interesse verboten. Das Wucherverbot wird daher, trotzdem der Überwucherte an dessen Erlaß das größte Privatinteresse hat, wegen seines unsittlichen Charakters trotzdem zu den im öffentlichen Interesse verbotenen Rechtsgeschäften zu zählen sein. Ist es nun wohl möglich, daß sich die im Privatinteresse erlassenen Verbote gegen andere, als solche Rechtsgeschäfte richten, an deren Abschluß der Interessent gar nicht beteiligt gewesen ist? — Ein jeder hat die Rechtsfolgen seiner Willensentschließung zu tragen, mögen dieselben für ihn noch so nachteilig sein: Solange nur die privaten Interessen der Kontrahenten in Frage stehen, und keine allgemeinen Interessen hinzutreten, wird ein derartiges Rechtsgeschäft stets gültig sein müssen. Davon kann es kaum eine Ausnahme geben; denn die durch Zwang und Betrug veranlaßten Rechtsgeschäfte beruhen nicht auf einem im obigen Sinne freien, rechtswirksamen Willensentschlusse, und aus demselben Grunde gehören auch die irrtümlichen Willenserklärungen nicht hierher, da sie rechtlich fehlerhafte Willensäußerungen sind. Nur Dritte, in deren Rechtssphäre ohne ihr Zutun eingegriffen worden ist, wird man für berechtigt halten dürfen, einen Rechtsschutz für ihre Privatinteressen zu fordern. In der Tat wird derselbe in allen Fällen auch nur unter dieser Voraussetzung gewährt.

Hier ist vor allen Dingen die Gruppe der schon erwähnten relativen Veräußerungsverbote zu nennen. Sie unterscheiden sich gerade durch das hier hervorgehobene Moment, daß sie im Interesse Einzelner erlassen sind, von den absoluten Veräußerungsverboten, welche dem

allgemeinen Interesse dienen. Beispiele bilden auch die in der Konkursordnung enthaltenen Rechtsnormen, soweit sie Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die die Konkursgläubiger benachteiligen, verbieten, z. B. die §§ 29, 30 No. 1 K. O. Ebenso gehört hierher der § 3 No. 1 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879. Man vergleiche ferner die Verbote des §§ 456 mit 458 B. G. B., 50 Abs. 1, 123 Abs. 3, 130 H. G. B. Alle diese Verbote sind im privaten Interesse Dritter erlassen, und darin liegt zugleich der Grund, weshalb sie eine von der Nichtigkeit abweichende Verbotssanktion besitzen. Wenn ein Rechtsgeschäft nur im Einzelinteresse verboten wird, dann hat es nur dem Einzelnen gegenüber einen mißfallenden Charakter, und daher braucht es auch nur diesem gegenüber seine Qualität als Rechtsgeschäft zu verlieren. Wollte die Privatrechtsordnung in diesen Fällen die absolute Nichtigkeit eintreten lassen, dann würde sie über das Ziel hinausschießen. Allen anderen mißfällt das betreffende Rechtsgeschäft nicht, es liegt im Gegenteil in ihrem Interesse, daß das einmal abgeschlossene Rechtsgeschäft gültig bleibe. Und diesem Interesse gab die Rechtsordnung nach, indem sie dem verbotenen Rechtsgeschäft nur dem Einzelnen, nicht der Allgemeinheit gegenüber seine Rechtswirksamkeit nahm. Demnach folgt der Übertretung jener Verbote teils eine relative Nichtigkeit, teils ein Anfechtungsrecht mit der Wirkung, daß das Rechtsgeschäft nur den Anfechtungsberechtigten gegenüber unwirksam ist, so § 29 K. O., § 1 des Anfechtungsgesetzes, teils wird die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes von der Zustimmung des Dritten abhängig gemacht, so § 456 mit 458 B. G. B.

Eine zweite größere Gruppe derjenigen verbotenen Rechtsgeschäfte, bei denen die Privatrechtsordnung von

der Nichtigkeit als Folge der Verbotsübertretung absieht, bilden die durch Täuschung oder Drohung verursachten Rechtsgeschäfte. Die Rechtsordnung kann unmöglich gestatten, daß die Freiheit der Willensentschließung widerrechtlich beeinflußt wird, es liegt in diesen Fällen also zweifellos ein öffentliches Interesse vor. Trotzdem hat die Privatrechtsordnung diese Verbote nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit ausgestattet. Sie hat dem Betrogenen und Bedrohten nur ein Anfechtungsrecht gegeben, welches nach Abs. 2 des § 123 B. G. B. noch weiter beschränkt wird. Der Grund liegt in Folgendem. Während wir bei den im privaten Interesse verbotenen Rechtsgeschäften gesehen haben, daß der Beeinträchtigte an dem Abschluß des verbotenen Rechtsgeschäftes nicht beteiligt ist, ist es hier möglich, daß der Beeinträchtigende, der Drohende oder Täuschende, außerhalb des durch ihn verursachten Rechtsgeschäftes steht. Unter dieser und der weiteren Voraussetzung, daß der Bedrohte oder Getäuschte die Willenserklärung einem gutgläubigen Dritten gegenüber abzugeben hatte, kann es diesem Dritten, der auf die Gültigkeit der abgegebenen Erklärung baute, ungerechtfertigt hart erscheinen, wenn die Rechtsordnung diese Rechtsgeschäfte schlechtweg für nichtig erklärte. Dazu kommt, daß die Nichtigkeit nicht immer im Interesse des Betrogenen oder Bedrohten zu liegen braucht.

Diese Gründe veranlaßten die Privatrechtsordnung, das Gemeininteresse hinter das Privatinteresse der Beteiligten zurückzustellen und von der Nichtigkeit abzusehen. Tat sie dies, so war es das Nächstliegende, an der Anfechtbarkeit des früheren Rechtes festzuhalten.

Die Sanktion der Anfechtbarkeit gab die Möglichkeit, neben dem Interesse des Betrogenen und Bedrohten

auch dem Interesse des gutgläubigen Dritten Rechnung zu tragen. Allerdings mußte die Privatrechtsordnung bei Gewährung dieses Schutzes vorsichtig sein, denn nicht mit Unrecht konnte sie annehmen, daß in vielen Fällen der Dritte mit dem Betrüger oder dem Drohenden im Einverständnis stehen könne, ohne daß es möglich sei, hierfür den schwierigen Beweis zu erbringen. Sie gab daher dem Bedrohten ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht und schränkte nur das Anfechtungsrecht des Betrogenen dem gutgläubigen Dritten gegenüber ein.[1])

Wenn wir nun ein Ergebnis aus diesen Untersuchungen ziehen wollen, so läßt sich kaum mehr sagen als, daß diese Untersuchungen gezeigt haben, welche Gründe die Privatrechtsordnung veranlassen können, von der Sanktion der Nichtigkeit abzugehen. Wann aber die eine oder die andere dieser geringeren Sanktionen auszusprechen ist, dafür läßt sich eine allgemeine Regel kaum geben. Beide Gruppen jener Rechtsgeschäfte haben wohl ein gemeinsames Moment, daß nämlich in gewisser Weise dritte Personen an den Rechtsfolgen der verbotenen Rechtsgeschäfte interessiert sein können. Diese Übereinstimmung aber ist nur eine äußere. Bei der ersten Gruppe ist es das Interesse des Dritten, welches das Verbot veranlaßt hat, bei der zweiten Gruppe steht das Interesse des Dritten dem Verbot entgegen. Während bei der ersten Gruppe von der Nichtigkeit deshalb abgesehen wurde, weil dem Schutze des Privatinteresses eine geringere Sanktion genügte, und andererseits dem allgemeinen Interesse, nämlich dem Interesse aller anderen Beteiligten, die

[1]) Vgl. Motive I S. 204 ff.

Gültigkeit dieser Rechtsgeschäfte entsprach, verlangt bei der zweiten Gruppe grade das allgemeine Interesse eine möglichst starke Sanktion, aber hier tritt nun das Privatinteresse diesem Verlangen entgegen.

Vor allem aber fällt ins Gewicht, daß selbst innerhalb der beiden Gruppen die Sanktionen verschieden sind. Die Privatrechtsordnung bedient sich teils der Anfechtbarkeit, deren Endziel die Nichtigkeit ist, teils der Anfechtung, deren Endwirkung eine relative, nur dem Einzelnen gegenüber in Kraft tretende Unwirksamkeit ist, teils läßt die Privatrechtsordnung von vornherein eine relative Nichtigkeit eintreten, teils läßt sie auch die Wirksamkeit des fraglichen Rechtsgeschäftes von der Zustimmung des Interessierten abhängen. Fragen wir nach dem Grunde dieser Verschiedenheit, so läßt sich nur antworten, daß diese Rechtsfolgen dem Bedürfnisse des Einzelfalles angepaßt sind, und daß sie so sehr auf Einzelerwägungen beruhen, daß ein allgemein gültiger Grundsatz gar nicht vorhanden sein kann. Zu diesem negativen Ergebnis führen auch alle anderen Verbotsgesetze, welche eine geringere Sanktion, als die Nichtigkeit besitzen, aber nicht zu einer jener Gruppen zu zählen sind. Man vergleiche zum Beispiel das Verbot der aleatorischen Verträge §§ 762—764 B. G. B. und das Verbot der Ehemäklerei § 656 B. G. B. Die Privatrechtsordnung hat hier Naturobligationen konstruiert. Warum sie diese besondere Sanktionsart gewählt hat, läßt sich nur aus der Besonderheit dieser Fälle selbst erklären.

III. Ein besonderes Interesse müssen hiernach diejenigen Verbotsgesetze für uns haben, welche die Rechtswirksamkeit der verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfte überhaupt nicht beeinflussen, die leges imper-

fectae. Es kann niemandem entgehen, daß die moralische Kraft eines Verbotes allein für seine Beachtung nur wenig Garantie bietet. Ständen der Privatrechtsordnung keine Mittel zur Seite, durch die sie die Privaten zur Beachtung ihrer leges imperfectae anhalten könnte, so würde es der Autorität der Rechtsordnung fast besser anstehen, solche sanktionslose Verbote überhaupt zu unterlassen. Doch betrachten wir die leges imperfectae genauer, so finden wir, daß der Willkür der Privaten in eigenartiger Weise auch hier begegnet wird.

Die Beispiele der leges imperfectae führen uns vor Allem in das Gebiet des Eherechtes und zwar in das Gebiet der impedimenta impedientia. Im Eherecht tritt uns verschiedentlich das Bestreben der Rechtsordnung entgegen, daß unter gewissen Umständen eine Ehe nicht geschlossen werden soll, und doch bleiben die gegen diese Verbote abgeschlossenen Ehen in vielen Fällen gültig bestehen. Von vornherein können wir für diesen auffallenden Mangel einer Sanktion als Grund anführen, daß der Ehe der Charakter einer unlöslichen Verbindung beider Geschlechter gewahrt sein soll. Wollte die Rechtsordnung diesen Charakter nicht verwischen, wollte sie dem Ehevertrage eine andere Stellung einräumen, als allen anderen Rechtsgeschäften, so mußte sie mit großer Vorsicht die Fälle beschränken, in welchen sie die Aufhebung einer einmal abgeschlossenen Ehe zuließ. In Rücksicht auf die einschneidenden Wirkungen der vollzogenen Ehe mußte die Rechtsordnung vor Allem darauf bedacht sein, den Eheabschluß selbst zu verhindern. Dies erreicht sie, indem sie fordert, daß die Ehe vor dem Standesbeamten abgeschlossen werden muß. Der Standesbeamte muß zur Entgegennahme der Erklärungen beider Nupturienten bereit sein, weigert er sich dessen,

so ist ein rechtsgültiger Eheabschluß unmöglich. Dadurch hat die Privatrechtsordnung ein Mittel gefunden, mit welchem sie sich gegen die ihr mißfallenden Ehen wenden konnte. Sie erklärt, daß sie gewisse Ehen nicht wünsche, und der Standesbeamte hat von Amtswegen zu untersuchen, ob nicht einer dieser Fälle vorliegt, und ob er nicht die Entgegennahme jener Erklärungen verweigern muß. Von dem Standesbeamten verlangt die Rechtsordnung, daß er ihrem Willen nötigenfalls Achtung verschaffe, und er bietet ihr in seiner Beamteneigenschaft auch die Garantie, daß nach ihrem Willen verfahren wird.

Eine gleiche Eigentümlichkeit finden wir zum Beispiel bei der Vorschrift des § 2237 B. G. B. Es werden hier Personen aufgezählt, die aus Gründen, die in ihrer Persönlichkeit liegen, bei der Errichtung eines Testamentes nicht als Zeugen mitwirken sollen. Wirken sie trotzdem mit, so ist deshalb das Testament nicht nichtig. Die nachteiligen Folgen, die sich aus der Nichtigkeitserklärung solcher Testamente ergäben, würden außer Verhältnis zu den Zwecken stehen, welche durch jenes Verbot erreicht werden sollen. Trotz der Sanktionslosigkeit aber geben der Testamentsrichter oder der Notar in ihrer Beamteneigenschaft die Garantie, daß der Wille der Rechtsordnung beachtet wird.

Dasselbe gilt für die Verbote der §§ 226, 278 H. G. B. Dort wird dem Ankauf eigener Aktien, hier der Ausgabe neuer Aktien vor Einzahlung der bisher ausgegebenen entgegengetreten. Die gegen diese Vorschriften vorgenommenen Rechtsgeschäfte für nichtig zu erklären, schien in Rücksicht auf die dadurch notwendig hervorgerufenen, den Verkehr lahmlegenden Wirkungen unmöglich. Man konnte dem Verkäufer nicht zumuten,

daß er prüfe, ob der Käufer etwa eigene Aktien kaufe, und auch dem Käufer nicht die Prüfung auferlegen, ob die Gesellschaft, die eigene Aktien verkauft, das Grundkapital schon eingezahlt erhalten hat. Die Rechtsordnung hat daher von einer Verbotssanktion abgesehen. Dafür ist dort dem Aufsichtsrat, vgl. §§ 296, 299 H. G. B., hier dem Registerrichter § 280 H. G. B., die Pflicht auferlegt, die Beachtung jener Verbote zu beaufsichtigen.

Dieses eigentümliche Moment, daß sich Personen finden, welchen die Aufgabe und die Fähigkeit zu teil geworden ist, die Privaten zur Beachtung der Verbote anzuhalten, sehen wir vor uns als ein eigenartiges, aber in vielen Fällen angewandtes Mittel, den leges imperfectae Achtung zu verschaffen. Es findet sich jedoch nicht bei allen leges imperfectae wieder. — Eine Abschwächung zeigt schon der genannte § 226 H. G. B. Der Aufsichtsrat, welcher die Beachtung dieses Verbotes erwirken soll, ist nicht mehr, wie in den anderen Fällen, an dem Abschluß der Geschäfte selbst beteiligt. Er kann daher auch nicht verhindern, daß derartige verbotene Rechtsgeschäfte trotzdem vorkommen. Das veranlaßt die Rechtsordnung, hier noch mit einem anderen Mittel einschreiten. Sie macht den Vorstand, der bei dem Abschluß jener Geschäfte mitwirkt, für die Beachtung des Verbotes zivilrechtlich haftbar, § 241 H. G.-B. Dieser Umstand, daß die Privatrechtsordnung an die Nichtbeachtung ihrer leges imperfectae gewisse Nachteile, die Verpflichtung zum Schadenersatz, auch Strafen, knüpft, findet sich in den Fällen, in welchen jene Aufsichtspersonen nicht vorhanden sind, regelmäßig wieder. So verbietet der § 81 H. G.-B. Personen, welche nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind, Handlungslehrlinge zu halten oder sich mit deren Anleitung zu

befassen, auch dürfen solche Personen von Lehrherrn nicht zur Anleitung der Lehrlinge verwendet werden. Nach allgemeiner Ansicht wird diese Vorschrift für eine lex imperfecta gehalten[1]). Wird dieses Gesetz aber verletzt, so trifft den Zuwiderhandelnden nicht nur die Schadenersatzpflicht aus §§ 823 ff. B. G.-B., sondern auch noch die Strafe des § 82 H. G.-B. Der § 1805 B. G.-B. bestimmt, daß der Vorstand Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden darf. Hier ist zwar eine Aufsichtsperson, der Vormundschaftsrichter, vorhanden, aber er wird nicht im stande sein, in jedem Falle für die Beachtung dieses Verbotes zu sorgen. Die Privatrechtsordnung hat daher den Vormund im Falle der Übertretung ausdrücklich zum Schadensersatz und zur Zinszahlung seit der Verwendung verpflichtet, §§ 1833, 1834 B. G.-B. Nach § 52 Abs. 2 B. G.-B. darf bei Auflösung des Vereins den Anfallberechtigten das Vermögen für den Fall, daß eine Verbindlichkeit streitig oder ihre Berücksichtigung unausführbar ist, nur wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist. Nach Planck[2]) ist dies eine lex imperfecta. Ihre Übertragung macht schadenersatzpflichtig. —

Wenn wir nun fragen, in welchen Fällen sich die Privatrechtsordnung der leges imperfectae bedient, so läßt sich auch hier nur der allgemeine Satz ableiten, daß sie dort Anwendung finden, wo die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes außer Verhältnis zu den erstrebten Erfolgen stände. Die Umstände des Einzelfalles sind hierfür allein entscheidend.

---

[1]) Vgl. Staub Anm. zu § 81, auch Plank S. 24. —

[2]) S. 25; u. E. liegt hier ein Veräußerungverbot nach § 135 B. G.-B. vor.

E. Die Nichtigkeit als regelmäßige Sanktion der Zivilverbote.

Wir kehren nach diesen Einzeluntersuchungen zu der Frage zurück: welche Sanktion ist anzunehmen, wenn die Privatrechtsordnung ihren Verbotsgesetzen eine ausdrückliche Sanktion nicht erteilt hat? -- Wir sehen bei dieser Frage, wie wir schon dargetan haben, auf einem anderen Standpunkte, wie Endemann. Endemann[1]) ist der Ansicht, daß aus dem Verbotsgesetz allein auf seine Sanktion noch nicht geschlossen werden könne, wir sind der Ansicht, daß die natürliche Wirkung der Zivilverbote die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes ist, und die Privatrechtsordnung nur in Ausnahmefällen eine geringere Sanktion erteilt. Diese Ansicht finden wir in den vorgenommenen Einzeluntersuchungen in gewisser Weise bestätigt. Wäre die Ansicht Endemanns, die ihn zu dem Satze führt[2]):

„Die Frage muß also immer die sein, ist das ver-
„botene Rechtsgeschäft derart als rechtswidrig anzu-
„sehen, daß das Verbot, welches dieses Geschäft trifft,
„seine Vernichtung bewirken will und muß".

auf die Zivilverbote anwendbar, so müßten wir den Zustand finden, daß die Privatrechtsordnung die Rechtswirkungen der verbotenen Rechtsgeschäfte davon abhängig macht, ob ein Rechtsgeschäft schwerer oder minder schwer gegen die Grundsätze der bürgerlichen Rechtsordnung verstößt. Bei den Einzeluntersuchungen aber hat sich hierfür nichts ergeben. Vielmehr läßt sich in allen Fällen der Wille der Privatrechtsordnung erkennen, die ihr mißfallenden Rechtsgeschäfte aus dem

---

[1]) Vgl. oben S. 47 ff.
[2]) Vgl. Wirkungen S. 124.

Rechtsverkehr auszuschließen. Hierbei aber stehen die leges perfectae insofern im Gegensatz zu den unvollkommeneren Verbotsgesetzen, als nur in den leges perfectae das Mißfallen der Privatrechtsordnung seinen vollendeten Ausdruck gefunden hat. In allen anderen Fällen sehen wir die Privatrechtsordnung durch das Hinzutreten anderer Umstände, sei es durch Rücksichtnahme auf private Interessen, sei es durch Rücksichtnahme auf den Charakter eines Rechtsinstitutes verhindert, von der Sanktion der Nichtigkeit Gebrauch zu machen. Der Wille, die verbotenen Rechtsgeschäfte auszuschließen, ist überall vorhanden, nur ist die Möglichkeit, diesen Willen zu verwirklichen, durch widerstreitende Interessen oft gehemmt.

Aber noch ein zweites Moment spricht u. E. gegen die Ansicht Endemanns. Hält man die Forderung Endemanns für richtig, daß bei allen Verbotsgesetzen, welche keine ausdrückliche Sanktion besitzen, durch Zurückgehen auf Grund und Zweck ihres Erlasses die dem Einzelfall entsprechende Sanktion festzustellen sei, so wird gegenüber dieser Forderung die Aufgabe der Auslegung in der Regel zu eng begrenzt. Sie wird dahin aufgefaßt, daß untersucht werden müsse, ob das verbotene Rechtsgeschäft nichtig oder gültig sei. Eine solche Beschränkung ist ungerechtfertigt. Wenn man der Auslegung die von Endemann verlangte Aufgabe stellt, so muß man ihr auch gestatten, die Sanktion zu wählen, welche im einzelnen Falle die zweckentsprechende zu sein scheint. Es muß ihr freistehen, dem Verbotsgesetze auch die Anfechtbarkeit, die relative Nichtigkeit und jede andere Sanktionsart zuzusprechen. In wie eigenartiger Weise die Sanktionen dem Einzelfall angepaßt werden, haben die vorausgegangenen Einzelunter-

suchungen gezeigt. Wenn man dies überlegt, wird man nicht im Zweifel darüber sein können, daß die auslegende Tätigkeit so weit nicht gehen darf. Endemann[1]) selbst hat auf die großen Schwierigkeiten aufmerksam gemacht, die sich aus der Anerkennung seiner Ansicht ergeben. U. E. hat die Praxis[2]), die Endemanns Ansicht ablehnt, jene Schwierigkeiten mit richtigem Gefühl vermieden. Die schon angeführten Beispiele der §§ 226 und 278 B. G. B. bestätigen dies in unzweideutiger Weise. Entgegen dem § 226 H. G. B. und entgegen schon dem Art. 215 d a. H. G. B. hatte der Art. 215 des Gesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, die Bestimmung getroffen, daß diese Gesellschaften eigene Aktien nicht erwerben „dürfen", und entgegen dem § 278 H. G. B. sagt der Art. 215a a. H. G. B., daß eine Erhöhung des Grundkapitals vor dessen völliger Einzahlung nicht erfolgen „dürfe". In beiden Fällen wurde angenommen, daß eine Zuwiderhandlung die Nichtigkeit der verbotenen Rechtsgeschäfte zur Folge hatte.[3]) Obgleich die Praxis die Nachteile dieser Auslegung sehr wohl erkannte, ist sie doch von derselben nicht abgegangen. Sie hat so lange an der Nichtigkeit festgehalten, bis die Gesetzgebung eingegriffen und die §§ 226, 278 H. G. B. durch die Wendung „soll nicht" ausdrücklich für leges imperfectae erklärt hat. Die hier gestellte Forderung, daß die von der Nichtigkeit abweichende Sanktion im Gesetz ausgedrückt sein müsse, entspricht dem von uns aufgestellten Grundsatze. Die

[1]) Vgl. Wirkungen, S. 121, 122.

[2]) Vgl. oben S. 18.

[3]) Vgl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. XVIII, S. 382, Staub, Kommentar zum a. H. G. B. 3. u. 4. Aufl., Anm. zu § 215a.

Nichtigkeit ist die natürliche Rechtswirkung der Zivilverbote. Nur in Ausnahmefällen sieht die Privatrechtsordnung von dieser Sanktion ab. Hieraus folgt von selbst, daß ein solcher Ausnahmewille ausdrücklich hervorgehoben werden muß. Ein solches Abweichen bedeutet ein Nachgeben zu Gunsten derer, denen die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes nicht behagt. Ist ein solches Nachgeben nicht ausdrücklich gestattet, dann muß angenommen werden, daß diese Rücksichten nicht genommen werden sollen. Diese Ansicht wird in dem geltenden Rechte bestätigt. Es giebt keinen Fall, in welchem einem Zivilverbot eine andere Sanktion als die der Nichtigkeit zukäme, ohne daß dies ausdrücklich festgelegt worden wäre. In allen Fällen, in welchen dem Verbotsgesetze die Anfechtbarkeit, die relative Nichtigkeit oder eine andere beschränkte Sanktion zur Seite steht, ist diese ausdrücklich genannt. Bei den leges imperfectae pflegt die Privatrechtsordnung allerdings nicht ausdrücklich zu sagen, daß das verbotene Rechtsgeschäft rechtsgültig bleibt, aber durch die hier regelmäßig gebrauchte Wendung „soll nicht“ und auch „darf nicht“ [1]) ist die Sanktionslosigkeit dieser Gesetze genügend hervorgehoben. Im Übrigen ist die Art und Weise, in welcher die Privatrechtsordnung ihren Ausnahmewillen zum Ausdruck bringt, ohne Bedeutung. Und ebenso wenig ist es erforderlich, daß dieser Ausnahmewille sich gerade aus der Gesetzesbestimmung ergeben muß, in welcher die verbietende Rechtsnorm enthalten ist. In manchen Fällen, z. B. bei den Veräußerungsverboten, wird es sogar einer eingehenden Untersuchung bedürfen, ehe sich die Rechtswirkungen

[1]) Vgl. über diese Wendung unten S. 85 ff.

des einzelnen Verbotsgesetzes erkennen lassen. Ihre Rechtswirkungen sind in den §§ 135, 136 B. G. B. generell festgelegt, und es ist Sache der Auslegung, zu untersuchen nicht nur, ob das einzelne Veräußerungsverbot zu dieser oder jener Gruppe gehört, sondern auch, ob überhaupt ein Veräußerungsverbot vorliegt. So verschiedenartig diese Untersuchungen auch sein mögen, es läßt sich leicht erkennen, daß ihr hier eine andere Aufgabe gestellt wird, als sie Endemann verlangt. Es handelt sich in allen diesen Fällen nur um die Feststellung, ob die Privatrechtsordnung eine andere Sanktion als die Nichtigkeit ausgesprochen hat, nicht darum, ob eine solche andere Sanktion sich aus Grund und Zweck des Verbotsgesetzes erkennen läßt. Endemann und die sich ihm Anschließenden haben zwischen den Verboten des Privatrechtes und des öffentlichen Rechtes nicht in der hier ausgeführten Art unterschieden, und das ist wohl der Grund, weshalb sie zu anderen Resultaten gelangen.[1])

Wenden wir uns nun zu der Bestimmung des § 134 B. G. B., so erkennen wir, daß der Vorbehalt desselben für die Privatverbote eine besondere Bedeutung hat. Der Nachdruck ist auf die Worte „aus dem Gesetz“ zu legen. Die Verbote der Privatrechtsordnung bewirken dann nicht die Nichtigkeit der verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfte, wenn dies in der Privatrechtsordnung normgesetzlich ausgesprochen worden ist. Wir finden dies bei Betrachtung der einzelnen Zivilverbote bestätigt[2]):

---

[1]) Vgl. Endemann. B. G. B., Bd. I S. 46.

[2]) Wir kommen demnach für die Zivilverbote zu dem Resultate, welches wir oben (S. 19) für die Verbotsgesetze im allgemeinen ablehnen mußten.

1. Es ist schon hervorgehoben worden, daß die Privatrechtsordnung in allen Fällen, in welchen sie den verbotenen Rechtsgeschäften eine beschränkte Rechtsgültigkeit zuerkennt, diese Rechtsfolge ausdrücklich bezeichnet, so in den Fällen der Anfechtbarkeit, der Anfechtbarkeit mit der Wirkung der relativen Nichtigkeit, der relativen Nichtigkeit u. a.

Beispiele sind in den geführten Einzeluntersuchungen genannt.

2. Es ist auch schon hervorgehoben worden, daß in den Fällen der leges imperfectae die „andere" Rechtsfolge nicht ausdrücklich genannt, aber durch den von der Privatrechtsordnung angewandten Ausdruck erkenntlich gemacht wird, der technische Ausdruck ist hier: „soll nicht". An Stelle vieler anderer Beispiele sei hier auf die durch ihre Entstehungsgeschichte typischen Verbotsgesetze der §§ 226, 278 H. G. B. hingewiesen.

Nach allgemeiner Ansicht[1]) werden zu den leges imperfectae auch diejenigen Verbotsgesetze gezählt, welche sagen, daß etwas nicht geschehen „darf". Allerdings ist diese Terminologie nicht in gleich konsequenter Weise, wie bei den Verbotsgesetzen mit der Wendung „soll nicht" durchgeführt. Wir finden diese Wendung auch dort gebraucht, wo das unerlaubte Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar oder sonstwie in seinen Rechtswirkungen beschränkt ist.[2]) Allerdings ist in diesen Fällen die stärkere Wirkung stets ausdrücklich genannt, und es ist zu betonen, daß der gebrauchte Ausdruck dem klaren Gesetzesinhalt gegenüber Bedeutung nicht haben kann.

---

[1]) Vgl. statt vieler Planck, B. G. B. Bd. I. S. 25; Gareis Anm. zu § 134; Staub Anm. zu § 81 H. G. B.

[2]) Vgl. besonders die Eheverbote.

Mehr spricht gegen jene Annahme die Geschichte der genannten §§ 226 und 278 H. G. B. Solange die entsprechenden Bestimmungen des früheren Rechtes die Wendung „darf nicht" enthielten, hielt man sie für leges perfectae. Ist die Wendung „darf nicht" in gleicher Weise wie die Wendung „soll nicht" für leges imperfectae gebraucht, dann lag ein Grund für die vorgenommene Änderung eigentlich nicht vor. Gleichwohl werden wir dieselbe für berechtigt halten müssen, denn die Gesetzgebung wollte und mußte zum Ausdruck bringen, daß diese Bestimmungen von nun an anders zu beurteilen seien, als früher. Wir finden die Wendung „darf nicht" besonders häufig bei solchen Rechtshandlungen, welche nicht unter den Begriff der Rechtsgeschäfte fallen, so der § 230 B. G. B., das Verbot der Überschreitung der Selbsthilfe, der § 226 B. G. B., das Verbot chikanöser Ausübung der Rechte, der § 909 B. G. B., das Verbot ungehöriger Vertiefung des Grundstückes, der § 1788 B. G B., das Verbot an das Vormundschaftsgericht, Strafen über 300 Mark und mehr als 3 Strafen zu verhängen, der § 227 H. G. B., das Verbot ungehöriger Amortisation der Aktien, der § 76 Abs. 2. das Verbot an den Lehrherrn, den Lehrling übermäßig zu beschäftigen u. a. Der Grund dieser Anwendung ist der, daß die Wendung „darf nicht" die Unerlaubtheit einer Rechtshandlung nach ihrer Tatseite stärker zum Ausdruck bringt, als z. B. die Wendung „kann nicht", welche nur die rechtliche Wirksamkeit einer Handlung zu berücksichtigen scheint. — Diesem natürlichen Sprachgefühl entsprechend, finden wir die Wendung „darf nicht" dort, wo die Vornahme einer Handlung selbst, ohne Rücksicht auf ihre Rechtswirksamkeit, als eine unerlaubte Handlung gekennzeichnet

werden soll. Ihre Vornahme zieht gewisse Rechtsnachteile, besonders die Verpflichtung zum Schadensersatz nach § 823 ff. B. G. B., nach sich. — Nach dieser Seite hin enthält die Wendung „darf nicht" eine Verstärkung gegenüber der Wendung „soll nicht", welche eine solche Folge regelmäßig nicht in sich schließt[1]). — Die rechtliche Wirksamkeit der Handlungen aber wird in beiden Fällen nicht berührt.

Beispiele hierfür sind die §§ 51, 52 B. G. B. und entsprechend § 301 H. G. B., § 805 B. G. B. und entsprechend § 230 H. G. B., §§ 1234, 1311 (vgl. die Folge § 1771), 1315, 1805 B. G. B. §§ 60 (hier folgt die Gültigkeit auch schon ausdrücklich aus § 61), 227, 238 H. G. B., § 17 G. O. § 228 K. O.[2]).

3. Alle anderen Zivilverbote bewirken die Nichtigkeit des verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäftes. Wir finden diese Sanktion zum Teil ausdrücklich hervorgehoben. Die Rechtsordnung sagt dann, daß ein Rechtsgeschäft nichtig, so § 138 B. G. B., oder unwirksam ist, z. B. § 925 Abs. 2 B. G. B. In den Fällen, in welchen diese Wirkung nicht ausdrücklich hervorgehoben worden ist, folgt sie aus § 134 B. G. B., so besonders wenn die Privatrechtsordnung sagt, daß ein Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden kann, §§ 276[2], 1019, 1201[2] B. G. B., §§ 23, 328[4] H. G. B., oder, daß ein Rechtsgeschäft unzulässig ist, §§ 226, 1014 B. G. B., § 55 K. O.

---

[1]) Zuweilen geschieht dies doch, z. B. in den §§ 226 und 278 H. G. B. vgl. § 241 H. G. B., die Übertretung des § 278 H. H. B. wird sogar bestraft, § 313 No. 3.

[2]) Vgl. auch die Beispiele bei Planck c. l., welche allerdings nicht immer zu den Verbotsgesetzen zu zählen sind.

3. Die öffentlichrechtlich, besonders strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

Die Schwierigkeit, die Rechtswirkungen eines verbotenen Rechtsgeschäftes zu erkennen, erhöht sich, wenn das letztere durch öffentlichrechtliche, besonders durch strafrechtliche Normen, verboten ist. Im späteren römischen Rechte erklärte man auf Grund der Constitutio Theodosiana alle verbotenen Rechtsgeschäfte für nichtig, gleichgültig, ob das Verbot zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Natur war. Ebenso hatte das gemeine Recht unter dem Eindruck des römischen Rechtes und ungeachtet der Reaktion, die sich während der Rezeptionszeit grade in Rücksicht auf die strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte geltend machte,[1]) den Satz aufgestellt, daß sie regelmäßig nichtig seien, und nur dann, wenn das Gesetz ausdrücklich eine andere Rechtsfolge bestimme, diese an die Stelle der Nichtigkeit trete.[2]) Für das heutige Recht ist der § 134 B. G. B. maßgebend. Die Motive[3]) deuten selbst darauf hin, daß das Hauptanwendungsgebiet dieser Vorschrift das öffentliche Recht, besonders das Strafrecht sei. In der Tat erweist sich hier die Schwierigkeit, die Rechtswirkung derartiger Verbotsgesetze zu erkennen, umso größer, als wir hier von vornherein darauf verzichten müssen, aus der Form des Ausdruckes auf den Willen des Gesetzes zu schließen. Der § 134 B. G. B. hat — darüber kann nach dem Vorangegangenen kein Zweifel sein — die Frage nach der zivilrechtlichen Wirksamkeit öffentlichrechtlicher Ver-

[1]) Vgl. oben S. 15 Anm. 3.

[2]) Vgl Endemann, Wirkungen, S. 41 ff., Glück I § 14, Savigny IV S. 551 ff.

[3]) I S. 210.

bote in keine neuen Bahnen gelenkt. Allerdings geben die Motive[1]) eine Andeutung darüber, wo die Ausnahmen hier zu suchen seien, indem sie sagen:

„Anders liegen meist die Fälle, in welchen bei „einem Vertrage das Verbot nur den einen Teil be„trifft. Der Regel nach wird anzunehmen sein, daß „der Vertrag als solcher in einem derartigen Falle „nicht ungültig ist."

Die praktische Bedeutung dieses Satzes aber geht zur Genüge schon aus der Beurteilung hervor, welche die Motive selbst gleich darauf folgen lassen:

„Es kommt indessen hier gleichfalls auf die Ab„sicht des Gesetzes in dem einzelnen Falle an."

Jedenfalls haben sich die Motive mit jenem Satze auf einen Standpunkt gestellt, welchen das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen vertreten hat. Insbesondere führt das Reichsgericht bei einer Erörterung des § 270 preuß. St. G. B. von 1851:

Wer andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

aus: die in dem § 270 enthaltene Strafdrohung sei nur einseitig gegen denjenigen gerichtet, welcher Andere vom Mitbieten abhalte. Derjenige, welcher sich abhalten läßt, könne insbesondere nicht als Teilnehmer an dem Vergehen des Abhaltenden angesehen und bestraft

[1]) I S. 210.

werden. Das in Frage kommende Rechtsgeschäft sei gar kein gesetzlich verbotenes und daher zivilrechtlich unwirksames Rechtsgeschäft. Das Gesetz sei nicht gegen den Vertrag als solchen gerichtet und verbiete nicht die Abschließung derartiger Verträge überhaupt, sondern reprobiere die darin zu Tage tretende Tätigkeit des einen Kontrahenten. Gegenüber diesem Standpunkte wird man sich der Ansicht Wendts[1]) nicht verschließen, daß die Tätigkeit des einen Kontrahenten von dem vollendeten Rechtsgeschäft nicht losgetrennt und diesem nicht als etwas Selbständiges gegenübergestellt werden könne; daß es in allen diesen Fällen das Rechtsgeschäft selbst sei, durch welches jenes Verbot übertreten werde, und daß es daher auch für den nicht bedrohten Teil richtig bleibe, daß das Rechtsgeschäft nicht hätte vorgenommen werden sollen.

Man mag weiter überlegen, daß z. B. in dem vorliegenden Falle dem Strafverbote in zweifacher Weise entgegen gehandelt werden kann, einmal durch ein Rechtsgeschäft, das andere Mal durch eine Handlung, welche nichts weiter, als eine äußere Handlung darstellt. Im Gegensatz zu dieser Handlung kann das strafbare Rechtsgeschäft ein zweiseitiges sein. Wird aber die Strafrechtsordnung wegen dieser Möglichkeit ein zweiseitiges Strafverbot erlassen können? Überall, wo das Strafverbot sich nicht direkt gegen Rechtsgeschäfte richtet, wie z. B. der strafrechtliche Wucherverbot, wo vielmehr das Rechtsgeschäft nur deshalb zur strafbaren Handlung wird, weil es eins der Mittel ist, durch welche der verbotene Zweck erreicht werden kann, muß sich die Strafrechtsordnung damit begnügen, die Strafdrohung

---

[1]) Vgl. S 38.

gegen denjenigen zu richten, welcher sich dieses Mittels bedient. Die Strafdrohung richtet sich nun gegen den Hehler, Wucherer, Erpresser. Sollten deshalb in allen diesen Fällen — und das hieße in der Regel — die verbotenen Rechtsgeschäfte gültig sein? — das kann am allerwenigsten in der Absicht des Reichsgerichts und der Motive liegen. Das Reichsgericht hat seine Ansicht denn auch in der Entscheidung Bd. 51, S. 401, 2, gefällt vom 4. Zivilsenate am 2. Juni 1902, aufgegeben. Es führt hier bezüglich des § 270 preuß. St. G. B. aus: bei dem Vertrage, gegen Zahlung einer bestimmten Summe vom Mitbieten abzustehen, verstoße

„das Angebot gegen § 270 preuß. St. G. B. und da „es ein notwendiger, untrennbarer Teil des gewollten „Rechtsgeschäftes war, so verstößt dieses selbst gegen „das Verbotsgesetz und ist darum nichtig, diese Nich- „tigkeit tritt nicht bloß dann ein, wenn das Gesetz „ausdrücklich gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes „sich richtet — sondern auch dann, wenn die eine „der beiden Willenserklärungen, aus denen das Rechts- „geschäft sich zusammensetzt, gesetzlich unzulässig „war."

Auch schon früher hatte sich das Reichsgericht[1]) mit seiner ersten Ansicht in Widerspruch gesetzt, indem es entschied, daß alle mit auswärtigen Lotterien abgeschlossenen Spielverträge und ferner die entgegen dem § 286 St. G. B. vorgenommenen Ausspielungen nichtig seien, obgleich doch auch hier nur eine einseitige Strafdrohung vorliegt. Allerdings stellte das Reichsgericht bei jenem Satze die Ausnahme auf, daß das verbotene Rechtsgeschäft trotz einseitiger Strafdrohung dann nich-

[1]) Vgl. Bd. 5 S. 127 f., 18 S. 243.

tig sei, wenn ein pactum turpe vorliege.[1]) Aber das Lotteriespiel ist kein pactum turpe, und ebenso wenig braucht es das Abhalten vom Mitbieten zu sein.

Im Zusammenhang mit diesen Grundsätzen hat Isay[2]) den Satz aufgestellt:

„Das Rechtsgeschäft ist stets dann gültig, wenn „es mindestens eine nichtdeliktische Willenserklärung „enthält; jedoch macht eine verbotswidrige causa bei „kausalen Rechtsgeschäften das ganze Rechtsgeschäft „nichtig, während im Gegensatz hierzu bei abstrakten „Rechtsgeschäften die verbotswidrige causa ohne Ein„fluß auf den Bestand des Rechtsgeschäftes sei".

Isay hat diesen Satz gewonnen, indem er, von einzelnen Tatbeständen ausgehend, aus diesen die allgemeine Regel abstrahiert hat. Gehen wir ihm auf diesem Wege nach, so finden wir, daß er die zivilrechtlichen Bestimmungen über den Schutz des guten Glaubens zugrunde gelegt und daraus Sätze gefolgert hat, welche wir grade deswegen, weil sie die ganze Privatrechtsordnung ersetzen sollen, nicht billigen können. Stellen wir z. B. in seinem ersten Beispiel (S. 103), in welchem A, dem B eine Sache zur Aufbewahrung übergeben hat, diese dem gutgläubigen C weiterverkauft und übergibt, an die Stelle der hier vorliegenden gewöhnlichen Unterschlagung eine Fundunterschlagung.

Wir haben dann den Kaufvertrag, ein kausales, zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches unzweifelhaft gültig ist, da man auch fremde Sachen zum Gegenstand eines Kaufvertrages machen kann, und ferner die Eigentumsübergabe.

---

[1]) Vgl. Bd. XVIII S. 219.

[2]) Vgl. S. 108; vgl. auch S. 100 ff.

Diese, ein abstrakter Vertrag, zielt darauf, das Eigentum zu übergeben und in Empfang zu nehmen. Er enthält ferner eine nichtdeliktische Willenserklärung, die des gutgläubigen C, es müßte also nach Isays Satze gültig sein, d. h. es müßte Eigentum übergehen. Diese Rechtswirkung kann aber nach § 935 B. G. B. nicht eintreten. Das Rechtsgeschäft ist danach auf etwas Unmögliches gerichtet und nichtig.

Isay übersieht, daß man die Gültigkeit des kausalen Kaufgeschäftes nicht auf den abstrakten Übereignungsvertrag erstrecken darf. Man kann wohl über fremde Sachen einen gültigen Kaufvertrag schließen, man kann aber eine fremde Sache nur insoweit gültig übereignen, als der gute Glaube geschützt wird. Gleiches zeigt sich, wenn wir das folgende von ihm gebrachte Beispiel betrachten (S. 104): D hat gestohlene Wertpapiere (Inhaberpapiere) dem gutgläubigen C verkauft und übergeben. Kausales Kaufgeschäft und abstrakter Übereignungsvertrag sind vollwirksam gemäß § 935 Abs. 2 B. G. B. Nun fährt Isay fort:

„Falls es sich um eine andere Sache, die nicht „unter § 935[2] fällt, handelt, geht zwar kein Eigen„tum, aber gemäß § 937 B. G. B. Ersitzungsbesitz „über. Auch in diesem Falle wäre also das Geschäft „als solches wirksam."

Dieser Schluß ist nicht gerechtfertigt. Der Übergang des Ersitzungsbesitzes hat mit der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt nichts zu tun. Nur die Tatsache des Habens, des Besitzens im Sinne des § 937 B. G. B, kommt hier in Betracht, nicht aber, ob dieser Besitz durch ein gültiges oder ungültiges Rechtsgeschäft vermittelt worden ist. Das in Frage kommende Rechtsgeschäft ist und bleibt

entgegen dem Satze Isays unwirksam. Wir sehen schon aus diesen Beispielen, daß sich seine Deduktionen nicht halten lassen. Im übrigen ist es auch nicht klar, welchen technischen Begriff Isay mit dem Worte „causa“ verbindet. Allerdings nennt er S. 107 causa den „wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäftes“. Aber der wirtschaftliche Zweck des Rechtsgeschäftes ist z B. bei einem Waffenverkauf, durch den Landesverrat begangen wird, die causa solvendi, und diese ist nicht verbotswidrig.

Da in diesem Beispiel ferner auch die Willenserklärung des Käufers durchaus undeliktisch ist, so müßte wohl auch dieses Rechtsgeschäft nach Isay gültig sein. Und doch wird dasselbe, weil unsittlich, als nichtig angesehen werden müssen. Die Unsittlichkeit fällt aber nicht unter den Begriff „causa“. Sollte Isay unter causa nicht den objektiven Schuldgrund, sondern die Motive eines Rechtsgeschäftes, also den subjektiven Bestimmungsgrund, verstehen, dann müßte allerdings auch nach ihm dieser Verkauf nichtig sein. Aber was versteht er dann unter abstrakten Rechtsgeschäften? Und wie sollen dann weiter die Rechtsgeschäfte behandelt werden, bei denen die verbotswidrigen Motive nur bei einer Partei vorhanden sind, wie z. B. bei den zuerst genannten Beispielen? Wir sehen, dann fällt Isays Satz in sich zusammen.

Fortsetzung.

Die Art und Weise, in der ein Rechtsgeschäft gegen eine Strafrechtsnorm verstoßen kann, ist, wie wir schon angedeutet haben, verschieden. Nehmen wir wieder den § 270 preuß. Str. G. B. zum Beispiel, so ergeben sich folgende Möglichkeiten seiner Zuwiderhandlung:

1. A verhindert den B durch eine Handlung, die kein Rechtsgeschäft ist, am Mitbieten, z. B. indem er ihn festhalten läßt.
2. A verspricht dem B für den Fall, daß er nicht mitbietet, 100 Mark.
3. A gibt dem B ein Darlehn, damit B den C mit Hülfe dieses Geldes vom Mitbieten abhalten könne, oder A B C schließen einen Vertrag mit dem Ziele, sich zum Abhalten Bietlustiger zu verbinden.

Wir haben als Beispiel eine Strafrechtsnorm gewählt, welche nicht unmittelbar gegen ein Rechtsgeschäft gerichtet ist. Berücksichtigen wir dies, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. ein Rechtsgeschäft übertritt ein Strafverbot, welches sich unmittelbar gegen dieses Rechtsgeschäft richtet, also auch nur durch die Vornahme dieses Rechtsgeschäftes verletzt werden kann, so z. B. das Wucherverbot nach §§ 302 ff. St. G. B.
2. ein Rechtsgeschäft übertritt ein Strafverbot, welches nicht unmittelbar gegen ein Rechtsgeschäft gerichtet ist, aber auch durch ein Rechtsgeschäft, als eins der möglichen Mittel, übertreten werden kann, so der § 270 preuß. Str. G. B.
3. ein Rechtsgeschäft wird in der den Parteien bewußten Absicht vorgenommen, daß es der Übertretung eines Verbotsgesetzes in irgend einer Weise diene.

Die Rechtsgeschäfte der ersten und zweiten Gruppe stehen zu den Rechtsgeschäften der dritten Gruppe in scharfem Gegensatz. Diese zielen darauf hin, daß eine verbotene Handlung ausgeführt werde, sie vollenden aber selbst nicht schon den Tatbestand der Strafrechtsnorm, gegen die sie ihrer Tendenz nach gerichtet sind. Aus

diesem Grunde kann auch ihre Wirksamkeit nicht nach den zivilrechtlichen Wirkungen dieses Verbotsgesetzes beurteilt werden. Sie alle haben aber das gemeinsame Moment, daß sie gegen die Rechtsordnung gerichtet sind[1]), und daher fallen sie, als unsittliche Rechtsgeschäfte, unter den § 138 B. G. B. Selbstverständlich gehören hierher nicht nur diejenigen Rechtsgeschäfte, welche gegen Strafverbote sich richten, sondern überhaupt alle Rechtsgeschäfte, welche in dieser Art gegen irgend eine zwingende Rechtsnorm, sei es Gebots- oder Verbotsgesetz, verstoßen. Die Prüfung der Frage, wann im Einzelfall ein Rechtsgeschäft dieses Moment in sich trägt, beruht auf einer Prüfung des § 138 B. G. B. und gehört nicht mehr hierher. Hier ist nur noch auf den Unterschied der Rechtswirkungen hinzuweisen, der sich zwischen den Rechtsgeschäften dieser Gruppe und denjenigen ergeben kann, welche schon selbst eine Zuwiderhandlung gegen das bestimmte Verbotsgesetz bilden. Gültig ist z. B. das unter Verletzung der Stempelgesetze abgeschlossene Rechtsgeschäft, ungültig aber die Vereinbarung, die auf eine solche Stempelhinterziehung gerichtet ist; gültig sind die Verkäufe, welche jemand abschließt, ohne die nötige Gewerbekonzession zu besitzen, ungültig aber alle Abmachungen, welche den unerlaubten Gewerbebetrieb unterstützen sollen.

Die Rechtsgeschäfte der anderen beiden Gruppen dienen nicht der Übertretung eines bestimmten Verbotes, sondern sie übertreten dieses Verbot schon selbst. Sie gehören selbst zu dem Tatbestande der übertretenen

---

[1]) Vgl. die entsprechende Fassung des § 138 im Entwurf I als § 108.

Rechtsnorm, und daher fallen sie auch unter deren Rechtswirkungen. Nur bei dieser Beziehung zwischen Rechtsgeschäft und Strafrechtsnorm erhebt sich daher auch die in dem Folgenden zu beantwortende Frage, ob und wann einem Rechtsgeschäft, welches gegen eine Strafrechtsnorm verstößt, seine Rechtswirkungen genommen werden.

Zur richtigen Erkennung der zivilrechtlichen Wirkungen der Strafverbote ist auch hier eine Gegenüberstellung der Strafverbote und Zivilverbote notwendig. Wir haben gesehen, daß eine Übereinstimmung dieser beiden Verbotsarten nur insoweit vorhanden ist, als beide in gleicher Weise mit einem „du sollst nicht" gegen die äußere Handlung des Rechtsgeschäftes gerichtet sind. Die Art aber, in der beide Verbotsarten auf den Ungehorsam reagieren, ist verschieden. Die Zivilverbote verbinden mit dem „du sollst nicht" eine Sanktion, welche sich mit einem „du kannst nicht" gegen die Rechtswirksamkeit der Handlung richtet. Die Strafverbote aber besitzen, als solche, eine zivilrechtliche Sanktion nicht. Und das ist auch richtig, wenn sich Strafverbote gegen Rechtsgeschäfte wenden. Mit der Vollendung dieser Rechtsgeschäfte ist der Tatbestand der Strafverbote erfüllt, und mit diesem Augenblick beginnt die Strafrechtsordnung ihre Tätigkeit, gleichgültig ob jene Handlung privatrechtliche Anerkennung verlangt oder nicht.

Es entsteht nun die Frage: in wie weit kann eine nur den äußeren Vorgang treffende Strafdrohung auf den zivilrechtlichen Bestand eines Rechtsgeschäftes einwirken? — Schon Endemann[1]) hat nachdrücklich da-

[1]) Vgl. Wirkungen S. 111.

rauf hingewiesen, daß aus der Strafdrohung allein hierfür nichts gefolgert werden kann. In der Tat kann die Nichtigkeit nicht die Folge der Bestrafung sein, denn die Strafe ist ja selbst nichts weiter als eine Folge, welche, wie dort die Privatrechtsordnung, so hier die Strafrechtsordnung auf die Übertretung ihrer Rechtsnormen gesetzt hat. Und wie die Ursache der Strafe nur in der normgesetzlichen Mißbilligung eines äußeren Vorganges liegen kann, so kann auch die Ursache der Nichtigkeit nur in der normgesetzlichen Mißbilligung der Rechtsfolgen einer Handlung liegen. Soll daher ein gegen eine Strafrechtsnorm verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig sein, so muß das Strafverbot nicht nur mit einem „du sollst nicht" gegen die äußere Handlung, sondern auch mit einem „du kannst nicht" gegen die Rechtswirkungen derselben gerichtet sein, es muß m. a. W. das Strafverbot mit der strafrechtlichen Sanktion eine zivilrechtliche Sanktion verbinden. Nun ist weiter zu fragen: bringt die Rechtsordnung nicht dadurch, daß sie eine Rechtshandlung bestraft, zugleich zum Ausdruck, daß eine solche Rechtshandlung Rechtswirkungen nicht haben soll? — Dies wäre richtig, wenn man das in einer Rechtshandlung zum Ausdruck kommende Streben nach Rechtswirkungen mit der Handlung selbst identifizieren könnte. Das aber ist nicht der Fall. Oft ist es nur die äußere Handlung selbst, welche mißfällt, während die Rechtsfolgen derselben nichts enthalten, was sie unliebsam erscheinen ließe. Wenn die Reichsgewerbeordnung den Gewerbebetrieb an Sonn- und Feiertagen nach Maßgabe der §§ 41a, 146a verbietet und bestraft, so wird hierdurch eine gewisse Art, den Geschäftswillen zu äußern, gemißbilligt, nicht aber der Geschäftswille selbst getroffen. Die Rechtsordnung kann un-

möglich wegen der Vornahme am Sonntag ein Rechtsgeschäft für nichtig erklären, dessen Vornahme am Montag nichts mehr entgegensteht. Auch der weitere Umstand ist zu beachten, daß, wenn die Strafdrohung allein die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte bewirkte, es ausgeschlossen wäre, daß ein mit Strafe bedrohtes Rechtsgeschäft anders, als nichtig sein könnte. — Ausnahmen wären dann unmöglich, während doch der § 134 B. G. B. durch den in ihm gemachten Vorbehalt ausdrücklich zu erkennen gibt, daß verbotene Rechtsgeschäfte auch gültig sein können. Normwidrigkeit und Rechtsgültigkeit sind keine sich ausschließenden Begriffe. Daher ist jedes Strafverbot auf seine zivilrechtliche Wirkung hin zu prüfen und dabei muß die Frage stets die sein: was wird gemißbilligt; ist es nur die äußere Handlung, oder sind es auch die durch dieselbe erstrebten Veränderungen in der Privatrechtssphäre? Wann das eine oder das andere der Fall ist, das ist induktiv zu beantworten. Hierbei lassen sich jedoch die folgenden Sätze aufstellen.

I. Eine zivilrechtliche Wirkung wird man denjenigen Strafverboten ohne weiteres zusprechen müssen, welche im Interesse der Privatrechtsordnung erlassen worden sind. Es gehören hierher solche Strafrechtsnormen, welche, ähnlich wie die Privatrechtsnormen selbst, privatrechtliche Tatbestände zum Gegenstand ihrer Strafdrohung erheben. Sie sollen dazu dienen, den von der Privatrechtsordnung anerkannten Rechtsgrundsätzen die ihnen zukommende Beachtung zu sichern. Der Grund ihres Erlasses aber liegt darin, daß die Strafdrohung einen stärkeren Einfluß ausübt, als eine privatrechtliche Sanktion. Die Privatrechtsordnung mag wohl eine Handlung zu einer rechtlich gleichgültigen zu machen, dieses Mittel aber reicht in vielen Fällen nicht aus, um gewisse Hand-

lungen zu verhüten. Was kümmert es den Dieb, daß die Privatrechtsordnung seinen Aneignungswillen nicht anerkennt? — Das passive Verhalten der Privatrechtsordnung wird ihn nicht abhalten, sich widerrechtlich die Sache zu verschaffen, die er rechtlich nicht erlangen kann. In solchen Fällen bedarf es eines aktiven Einschreitens, einer Reaktion gegen die äußere Handlung selbst, also eines Strafverbots. Wird ein solches erlassen, dann verstößt die gegen dasselbe vorgenommene Handlung zugleich gegen die Privatrechtsordnung, und damit ist ein Einwirken auf ihren rechtlichen Bestand möglich geworden.

Aus dieser Beziehung folgt aber auch das Weitere, daß die Gültigkeit oder Nichtigkeit der gegen diese Strafverbote verstoßenden Rechtsgeschäfte allein nach der Privatrechtsordnung zu beurteilen ist. Es wäre falsch, wollte man hier besondere Regeln aufstellen. Die Privatrechtsordnung ist es, welche diese Verbote veranlaßt hat, und in der Privatrechtsordnung müssen daher auch die Gründe gesucht werden, welche für die Nichtigkeit oder Gültigkeit der derart verbotenenen Rechtsgeschäfte sprechen. Darum konnten wir die besondere Regel, welche Isay aufgestellt hat, nicht anerkennen. Darum aber ist auch die Ansicht Endemanns[1]) nicht haltbar, daß alle strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte, welche in die

„Ordnung der Rechtsgüter eingreifen, welche die „Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, das ge„sicherte Haben, die Redlichkeit des Verkehrs, die „rechtlich anerkannte Sitte verletzen“

nichtig sind. Nicht alle diese Rechtsgeschäfte werden

[1]) Vgl. Wirkungen S. 113.

von der Privatrechtsordnung gleichmäßig zu nichtigen gemacht. Obgleich die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung ebenso verletzt werden, ob jemand betrügt, oder ob er Wucher treibt, oder ob der Dieb das gestohlene Gut dem Hehler oder oder dem gutgläubigen Dritten verkauft, so erklärt doch die Privatrechtsordnung die einzelnen Rechtsgeschäfte teils für nichtig, teils für anfechtbar, teils läßt sie sie auch wirksam bestehen. — So ergibt sich die zivilrechtliche Wirkung des § 171 St. G. B.,welcher die Doppelehe unter Strafe stellt, aus § 1326 B. G. B. Die gegen § 286 St. G. B. verstoßenden Ausspielungen sind nach §§ 762, 863 B. G. B. zu beurteilen. Die nach §§ 302 ff. St. G. B. strafbaren Wuchergeschäfte sind nach § 138 Abs. 1 B. G. B. nichtig. Nicht aus der Strafbestimmung des § 145a St. G. B., sondern aus § 795 B. G. B. ergibt sich, daß die ungenehmigte Ausgabe jener Inhaberpapiere unterschiedslos nichtig ist. Der § 292 St. G. B. bestraft das Jagen an Orten, an denen zu jagen man nicht berechtigt ist, der § 368 II St. G, B. bestraft das unbefugte Ausnehmen der Eier und Jungen von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln, das preußische Gesetz vom 22. II. 1867 bestraft die unbefugte Aneignung von Bernstein: die Rechtsunwirksamkeit dieser Handlungen ergibt sich nur aus den zivilrechtlichen Bestimmungen über die Aneignung, besonders aus § 958 Abs. 2 B. G. B. — Aus § 958 Abs. 1 B. G. B. ergibt sich, daß der Aneignungswille des Diebes, der doch die gestohlene Sache im Sinne des Zivilrechtes in Eigenbesitz nimmt, unwirksam ist. Aus den Bestimmungen über Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen folgt auch, daß der Dieb die gestohlene Sache nicht weiter veräußern kann, und so wird der gestohlenen Sache selbst ein eigentüm-

licher zivilrechtlicher Charakter beigelegt.[1]) Der § 288 St. G. B. verbietet dem Schuldner, bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung Vermögensstücke in der Absicht zu veräußern, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Die Privatrechtsordnung hat diesen Tatbestand im Anfechtungsgesetz geregelt. Daher ist nicht, wie das Reichsgesetz für das frühere Recht annimmt,[2]) das gegen § 288 St. G. B. verstoßende Rechtsgeschäft gültig, seine Rechtswirksamkeit ist vielmehr nach den zivilrechtlichen Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes zu beurteilen. —

II. Dieser Gruppe von Strafverboten, bei welchen der Grund ihres Erlasses und ihre privatrechtliche Wirkung sich aus der Privatrechtsordnung ergibt, steht die Gruppe derjenigen Strafverbote gegenüber, welche in ihrer Zweckbestimmung über den Rahmen der Privatrechtsordnung hinausragen. Sie stehen nicht mehr in jener engen Fühlung mit den privatrechtlichen Rechtsgrundsätzen. Im Interesse der Steuern, der Finanzpolitik, der Gewerbepolizei, der Sozialpolitik und ähnlicher Zwecke erlassen, gehen sie so weit über die der Privatrechtsordnung gezogenen Grenzen hinaus, daß die von

---

[1]) Vgl. Endemann, Wirkungen S. 111.

[2]) Vgl. Bd. VI S. 169. Rehbein, Anm. zu § 134 S. 165, hält die Ansicht des Reichsgerichts auch für das heutige Recht aufrecht. Nach Ansicht des Reichsgerichts soll sich die Gültigkeit des Veräußerungsgeschäftes daraus ergeben, daß sich der § 283 St. G. B. nicht gegen das Veräußerungsgeschäft als solches, sondern gegen „die Umstände, unter denen und „die Absicht, in welcher es abgeschlossen wurde" richte. Diese Ansicht stellt sich jedoch bei genauer Betrachtung als eine Wiederholung des oben zurückgewiesenen Satzes des Reichsgerichts dar, daß ein Rechtsgeschäft dann gültig bleibe, wenn die Strafdrohung nur den einen Teil trifft.

ihnen verfolgten Zwecke nicht mehr in der Privatrechtsordnung selbst ihre Beurteilung finden. Wir werden fragen, ob solche Rechtsnormen überhaupt noch zivilrechtliche Wirkungen äußern können, und doch ist dies nicht zu bezweifeln. Auch hier finden sich Verbote, welchen ein unmittelbarer Einfluß auf die Rechtswirksamkeit der verbotenen Rechtsgeschäfte zukommt. So verbietet z. B. der § 115 G. O. den Gewerbetreibenden, ihren Arbeitern Waren zu kreditieren, und nach § 117 G. O. werden die diesem Verbot zuwiderlaufenden Verträge für nichtig erklärt. Vom Standpunkte der Privatrechtsordnung wäre dieses Verbot nicht verständlich, eine ungerechtfertigte Einschränkung der Vertragsfreiheit zwischen zwei großen Teilen der Rechtssubjekte. Hat die Rechtsordnung jenes Verbot trotzdem erlassen, so ist dasselbe nicht vom Standpunkte der Privatrechtsordnung, sondern vom Standpunkte der öffentlichen Rechtsordnung zu beurteilen. Hier hat diese etwas als unliebsam erkannt. Es tritt also neben die von der Privatrechtsordnung die von der öffentlichen Rechtsordnung erkannte materielle Rechtswidrigkeit. Darin liegt der Unterschied dieser Gruppe der verbietenden Rechtsnormen von den Zivilverboten und der erstgenannten Gruppe. Hier fordert die öffentliche Rechtsordnung die Nichtigkeit der gegen ihre Verbote vorgenommenen Rechtsgeschäfte, und dieser Forderung trägt die Privatrechtsordnung dadurch Rechnung, daß sie den § 134 B. G. B. auch auf die öffentlichrechtlichen Verbotsgesetze erstreckt. Wann aber im einzelnen Falle die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes eintritt, und wann nicht, dafür kann die Privatrechtsordnung hier nichts mehr ergeben. Die Gründe des Verbotes liegen außerhalb der Privatrechtsordnung.

Hier treten uns auch zum ersten Mal öffentlich-rechtliche Verbotsgesetze entgegen, welche nicht zugleich Strafverbote sind. Die erste Gruppe diente der Verstärkung privatrechtlicher Grundsätze, daher waren die Strafverbote dort die allein mögliche Art öffentlich-rechtlicher Verbotsgesetze. Diese Gruppe dient der Geltendmachung öffentlich-rechtlicher Grundsätze, daher treten hier die anderen öffentlich-rechtlichen Normen selbständig neben die Strafverbote.

Fragen wir nun, wann diesen Verbotsgesetzen eine zivilrechtliche Wirkung zukommt, so ergiebt sich die Antwort hierauf nach dem Vorausgegangenen von selbst: dann, wenn sie nicht nur gegen die äußere Handlung, sondern auch gegen deren Rechtswirksamkeit gerichtet sind; wenn nicht nur die äußere Handlung selbst, sondern auch die mit derselben verbundenen Veränderungen in der Privatrechtssphäre den Bestrebungen der öffentlichen Rechtsordnung zuwiderlaufen. Ist dies der Fall, dann ist das verbotswidrig vorgenommene Rechtsgeschäft auch regelmäßig nichtig. Die geringeren zivilrechtlichen Sanktionen, wie die relative Nichtigkeit, Anfechtbarkeit u. a., treten hier zurück. Es handelt sich nur darum festzustellen, ob das verbotene Rechtsgeschäft nichtig ist oder gültig bleibt. Der einfache Grund hierfür ist der, daß die öffentliche Rechtsordnung es unterläßt, derartige Ausnahmesanktionen zu normieren. Sie nimmt auf das Interesse Privater nicht die gleichen Rücksichten, wie die Privatrechtsordnung. Es liegt hierin in gewisser Hinsicht eine Bestätigung des oben ausgesprochenen Satzes, daß die grundsätzliche Zivilsanktion die Nichtigkeit ist. — Wenn die öffentlich-rechtlichen Verbotsgesetze zum großen Teil leges minus quam perfectae sind, so liegt das daran, daß ihnen, anders als

den Zivilverboten, nicht von Natur aus eine zivilrechtliche Sanktion zukommt.[1]) Daher ist erst zu untersuchen, ob eine solche überhaupt vorliegt, d. h. ob sie überhaupt auf den Rechtsbestand des verbotenen Rechtsgeschäftes einwirken wollen. Wollen sie das, so bewirken sie regelmäßig die Nichtigkeit.

Hiernach ergiebt sich die Gültigkeit der entgegen den §§ 41a, 146a G. O. an Sonn- und Feiertagen vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Diese Verbote richten sich nur gegen den Gewerbebetrieb in seiner äußeren Erscheinung, nicht aber gegen den Rechtsbestand des einzelnen Geschäftes. Aus demselben Grunde hat der § 361 Nr. 4 St. G. B., welcher das Betteln bestraft, keine zivilrechtliche Wirkung. Auch hier wird nur eine gewisse Äußerungsform eines rechtsgeschäftlichen Willens verpönt, das Rechtsgeschäft selbst aber, die Schenkung an den Bettler, ist gültig. Die Steuergesetze verlangen, daß bei gewissen Rechtsgeschäften Stempel verwendet oder Steuermarken kassiert werden. Zuwiderhandlungen werden bestraft. Gleichwohl machen diese Strafverbote das unversteuerte Rechtsgeschäft nicht zu einem nichtigen. In gewissen Fällen macht die Gewerbeordnung die Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes von einer Genehmigung, Konzession oder Approbation abhängig, §§ 14 ff., 16 ff., 29 ff., 55 ff. G. O.; getroffen wird auch nur der Gewerbebetrieb in seiner äußeren Erscheinung, nicht der Rechtsbestand des einzelnen Gewerbegeschäftes.[2]) Ähnlich bestimmt das Reichsbeamtengesetz vom

---

[1]) Vgl. oben S. 47 ff., 105 ff.

[2]) Kohler (Ideale in Recht, S. 231 ff.) weist darauf hin, daß dagegen die Rechtsgeschäfte, welche auf den verbotenen Gewerbebetrieb selbst hinzielen, welche Unterstützungsmittel verpönter Gewerbe bilden, nichtig sind. Diese Nichtigkeit ist

31. März 1873 in § 16, daß kein Beamter ohne vorgängige Genehmigung der obersten Reichsbehörde ein Gewerbe betreiben dürfe; ebenso das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 in § 43 für die Militärpersonen des Friedensstandes. Auch diese Verbotsgesetze haben keine zivilrechtliche Bedeutung. Derartige, ein gewisses positives Handeln erfordernde Rechtsnormen finden sich hier häufig, ohne daß sie deshalb etwa zu Gebotsgesetzen würden. So verlangt der § 367 Nr. 3 St. G. B. die Einholung einer polizeilichen Erlaubnis und bestraft denjenigen, der ohne diese Erlaubnis Gifte oder Arzneien, welche dem Handel nicht freigegeben sind, veräußert. Hier ist die Sachlage jedoch anders. Hier liegt der Grund, weswegen jene Erlaubnis einzuholen ist, in dem Kaufobjekt selbst. Es sollen diese Gegenstände nicht in den Besitz von Leuten gelangen, welche die Polizei für unzulässig hält. Gerade das aber würde das Veräußerungsgeschäft bewirken, wenn es gültig wäre. Dann würde das Gericht den Käufer sogar auf Abnahme dieser Gegenstände verurteilen müssen, ein Ergebnis, welches im Interesse des Gemeinwohls doch gerade vermieden soll. Der ohne jene Genehmigung erfolgte Verkauf ist daher nichtig.[1]) Wird die Genehmigung nachträglich erteilt, so ist § 309 mit 307 B. G. B. anzuwenden.

---

jedoch nicht unmittelbar aus den Verboten der G. O. herzuleiten: sondern, wie schon oben S. 102 dargetan worden ist, aus § 138 Abs. 1 B. G. B. Ein entsprechendes Verbot der G. O. ist durch sie gar nicht übertreten worden. Aus den in Frage kommenden Bestimmungen der G. O. ergiebt sich nur ihr unsittlicher Charakter.

[1]) Endemann hält diese Geschäfte für gültig. Vgl. B G. B. Bd. I, S. 46, Anm. 10.

Das genannte Verbotsgesetz enthält eine Einschränkung der Verkehrsfähigkeit bestimmter Sachen, wie sie z. B. auch das Gesetz vom 26. Mai 1885, betreffend den Schutz des zur Anfertigung von Reichskassenscheinen verwandten Papieres gegen unbefugte Nachahmung, enthält. Dieses Gesetz bestraft denjenigen, welcher ohne Erlaubnis des Reichskanzlers oder einer von ihm zur Erteilung der Erlaubnis ermächtigten Behörde den Reichskassenscheinen gleiches oder ähnliches Papier verkauft. Hier zeigt sich das Interesse, solche Gegenstände dem Verkehr zu entziehen, noch stärker. Gareis[1]) nimmt trotzdem die Gültigkeit solcher Rechtsgeschäfte an. Wir können dem nicht beistimmen. U. E. ist das trotz Verweigerung der Genehmigung abgeschlossene Verbotsgeschäft nichtig. Dafür spricht auch der Umstand, daß in diesem Falle die Einziehung des Papieres zu veranlassen ist[2]). — Wie hier die Verkehrsfähigkeit gewisser Sachen, so wird an anderer Stelle auch die Erwerbsfähigkeit gewisser Personen eingeschränkt. So bestimmt die K. O. vom 29. November 1812, daß die Mitglieder der Provinzial-Domänenverwaltung zum Erwerb von Domänengrundstücken in derjenigen Provinz, in der sie angestellt sind und arbeiten, nur nach vorgängiger Dispensation zugelassen werden dürfen. Die K. O. vom 5. September 1821 verbietet ebenso den Forstbeamten, ohne Erlaubnis des Finanzministeriums Grundstücke zu erwerben, für welche an den ihnen unterstellten Forstrevieren Rechte beansprucht werden, oder welche an diese angrenzen. Nach § 195 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 können Bergbeamte in ihrem

[1]) Vgl. Anm. z. § 134.
[2]) Vgl. das zitierte Gesetz.

Amtsbezirk durch Mutung Bergwerke oder Kuxe überhaupt nicht erwerben; zu Rechtsgeschäften anderer Art ist die Genehmigung des Handelsministers erforderlich. Diese Bestimmungen sind erlassen, um einem Mißbrauch der amtlichen Stellung vorzubeugen, daneben aber auch in rein fiskalischem Interesse. Diese Zwecke aber werden nur dann erreicht, wenn die rechtswidrigen Erwerbsgeschäfte auch unwirksam sind. Auch hier steht die Rechtswirksamkeit im Widerspruch mit den Interessen der öffentlichen Rechtsordnung, daher ist anzunehmen, daß in den Fällen, in welchen die Erlaubnis versagt wird, die betreffenden Personen erwerbsunfähig, das Rechtsgeschäft also nichtig ist. Im übrigen sind diese Erwerbsbeschränkungen nur auf den freiwilligen Erwerb unter Lebenden, nicht auch auf den gesetzlichen Erwerb, z. B. bei Heirat mit gesetzlicher Gütergemeinschaft oder bei Erwerb von Todeswegen zu beziehen. Ausdrücklich ist dies nur im Berggesetz hervorgehoben, welches vom Erwerb durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden spricht; dieser Grundsatz aber wird auch in den anderen, gleich liegenden Fällen anzuwenden sein[1]). Nach Art 86 E. G. zum B. G. B. ist es aus ähnlichen Gründen zulässig, den Erwerb von Rechten für juristische Personen zu beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig zu machen, soweit Werte von mehr als 5000 Mark in Frage kommen. Dementsprechend wird nach Art. 6 des preußischen Ausführungsgesetzes für Schenkungen oder Zuwendungen von Todeswegen der genannten Art „zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrage nach“ die Genehmigung des Königs oder der durch K. O. bestimmten Behörden erfordert. Zuwiderhandlungen werden bestraft.

[1]) Vgl. auch Dernburg, Privatrecht, Bd. I S. 540.

Gleiches gilt für den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer nach Maßgabe des Art. 88 E. G. zum B. G. B. mit Art. 7 preußischen A. G.

Das A. L. R. II, 10, § 73 verbietet den Ämterkauf und erklärt ausdrücklich alle hierauf gehenden Verträge und Zuwendungen für null und nichtig. Die §§ 331 ff. St. G. B. bestrafen die Beamtenbestechungen. Die dahin gehenden Rechtsgeschäfte sind nichtig; nach § 335 St. G. B. hat der Staat das Einziehungsrecht, eine Art des im A. L. R. I, 16, § 172 ff. enthaltenen fiskalischen Aneignungsrechtes. Der Art. 32 der Reichsverfassung bestimmt, daß die Mitglieder des Reichstages als solche keine Besoldung oder Entschädigung beziehen dürfen. Die zivilrechtliche Sanktion dieses Verbotsgesetzes ist viel umstritten worden, während es doch nicht zweifelhaft sein kann, daß die Wirksamkeit jener Rechtsgeschäfte den Bestrebungen der öffentlichen Rechtsordnung zuwider liefe. Der Zweck dieses Gesetzes ist der, nur Personen in gesicherter wirtschaftlicher Stellung als Mitglieder des Reichstages zu sehen; es soll dadurch eine Garantie für deren unabhängiges und überzeugungstreues Handeln geboten werden. Diese Zwecke könnten niemals erreicht werden, wenn jene Abmachungen zivilrechtlich gültig wären.[1]) Zum Schutz der Gewerbefreiheit wird der Erwerb und die Neubegründung von ausschließlichen Gewerbegerechtigkeiten, Zwangs- und Bannrechten in § 10 G. O. verboten, eine darauf hinzielende Abmachung ist nichtig.

Im sozialen Interesse verbietet die Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 in § 7[3] jede Preiser-

[1]) Vgl. die eingehende Begründung in Ent. d. R. G. Bd. 16 S. 88 ff.

mäßigung oder sonstige Vergütung gegenüber den Tarifen und erklärt solche Vereinbarungen für nichtig. Die aus Gründen der Sozialpolitik erlassenen Schutzgesetze sind überaus zahlreich. Erwähnt sei das Verbot des Trucksystems in §§ 115 mit 117 G. O. und die in den Reichsversicherungsgesetzen enthaltenen Verbote, welche es den Arbeitgebern und ihren Angestellten untersagen, durch Übereinkunft oder Arbeitsordnung die gesetzlichen Bestimmungen zu Ungunsten der Arbeitnehmer außer Kraft zu setzen. Hierher gehört auch das Reichsgesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte, vom 16. Mai 1894, nach welchem für den Fall, daß sich der Verkäufer bei Abzahlungsgeschäften den Rücktritt wegen Nichterfüllung vorbehält, nicht die Vereinbarung getroffen werden darf, daß die bisher erfolgten Teilzahlungen mit dem Rücktritt vom Vertrage verfallen sollen; nach welchem ferner die Abrede, daß Nichterfüllung die Fälligkeit der ganzen Restschuld zur Folge haben soll, nur unter der Voraussetzung gültig ist, daß der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen im Rückstande bleibt. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Dasselbe Gesetz verbietet und bestraft in § 7 den Verkauf von Lotterielosen, Inhaberpapieren mit Prämien gegen Teilzahlungen.

Vielfach nimmt man in diesem Falle eine lex minus quam perfecta an mit dem Hinweis, daß dieses Verbot nur den Veräußerer selbst treffen, nicht aber den Erwerb aus solchem Geschäfte verhindern wolle,[1]) vielleicht auch mit der Überlegung, daß der Käufer ja denselben Erfolg erreichen könne, wenn er von Teilzahlungen abstehe. U. E. liegt jedoch eine lex perfecta vor. Es

[1]) Vgl. bes. Rehbein, Anm. zu § 143 S. 168.

ist doch der wirtschaftliche Erfolg dieser Geschäfte, den das Gesetz im sozialen Interesse verhindern will. Hat jemand soviel, daß er sich ein solches Los oder Prämienpapier kaufen kann, dann mag er es tun. Hat er es nicht, dann soll er auch nicht gezwungen werden können, seine geringen Geldmittel für Geschäfte solcher Art zu verwenden. Die Vereinbarung von Teilzahlungen, also ein gewisser rechtsgeschäftlicher Inhalt selbst, ist verpönt, und aus diesem Grunde ergibt sich die Nichtigkeit solcher Rechtsgeschäfte. Diese Beziehung zwischen Rechtsgeschäft und verbietender Norm ist die allein ausschlaggebende.

Nur in den Fällen bleibt das gegen diese Verbotsgesetze verstoßende Rechtsgeschäft gültig, in welchen das Verbotsgesetz nicht eigentlich gegen das Rechtsgeschäft selbst, das heißt gegen seinen zivilrechtlichen Inhalt, sich wendet, sondern nur eine gewisse Art und Weise seiner Vornahme, eine gewisse Äußerungsform eines an sich nicht mißfallenden rechtsgeschäftlichen Inhaltes, verpönt.

Lebenslauf.

Als Sohn des Gerichtsvollziehers Friedrich August Schroeder und seiner Frau Hulda, geb. Dittmann, am 23. Juli 1878 in Bromberg geboren, evangelischer Religion, besuchte ich bis zur Untersekunda das Progymnasium in Cosel, Ober-Schlesien, darauf das Gymnasium in Pleß, an dem ich Ostern 1897 das Abiturientenexamen bestand. Hierauf studierte ich Rechtswissenschaften und bezog im ersten Semester die Universität Lausanne, in den nächsten beiden Semestern die Universität Berlin, dann die Universität Breslau. Am 10. Dezember 1900 bestand ich bei dem Kgl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 3. Januar 1901 bin ich als Referendar beschäftigt.

Waldemar Schroeder.